

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CHIARA GIULIA DE SAVINO

**O CONTROLE POPULACIONAL EMPREENDIDO PELO ESTADO ATRAVÉS
DA PRECARIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

FLORIANÓPOLIS

2018

CHIARA GIULIA DE SAVINO

**O CONTROLE POPULACIONAL EMPREENDIDO PELO ESTADO ATRAVÉS
DA PRECARIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para colação de grau.

Orientadora: Professora Dra. Jeanine Nicolazzi
Philippi

Coorientador: Guilherme Filipe Andrade dos
Santos

FLORIANÓPOLIS

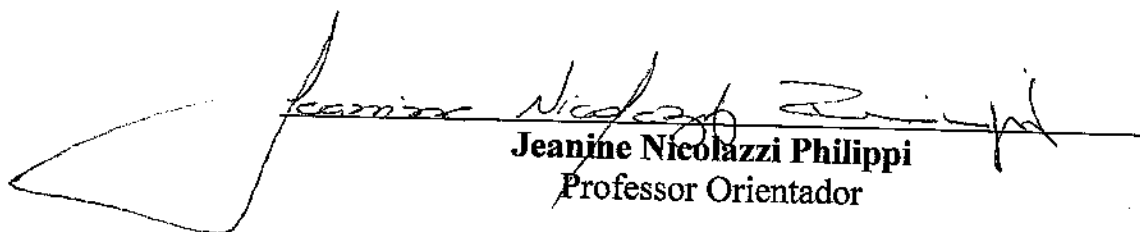
2018

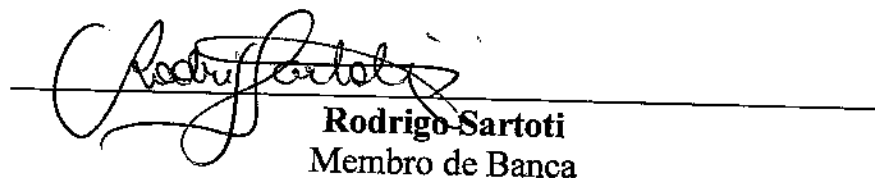
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

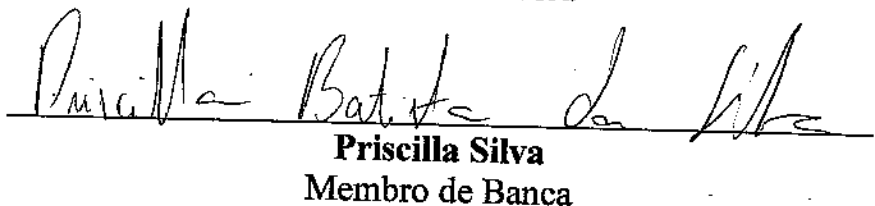
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "O controle populacional empreendido pelo Estado através da precarização do Sistema Único de Saúde", elaborado pelo(a) acadêmico(a) "**Chiara Giulia de Savino**", defendido em **03/07/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 03 de Julho de 2018.


Jeanine Nicolazzi Philippi
Professor Orientador


Rodrigo Sartoti
Membro de Banca


Priscilla Silva
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Chiara Giulia de Savino

RG: 5.262.167

CPF: 088.737.269-41

Matrícula: 13.203.165

Título do TCC: O controle populacional empreendido pelo Estado através da precarização do Sistema Único de Saúde

Orientador(a): Jeanine Nicolazzi Philippi

Eu, Chiara Giulia de Savino , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 03 de julho de 2018.

Thiana Quila de Sarrino
NOME DO ALUNO

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à Professora Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi por assumir a corajosa função de provocar os alunos à reflexão crítica sobre as instituições e fenômenos que envolvem o Direito e a Política. Tornou-se para mim, desde a primeira fase do curso de Direito, uma grande inspiração em termos de integridade moral e acadêmica. Se hoje vislumbro a importância política do ensino jurídico no Brasil, e tenciono um dia exercê-lo, muito devo à Professora. Em vista de toda essa admiração, é com sinceridade que agradeço por todas as conversas, por ter me aceitado como monitora na disciplina de Teoria do Direito durante quatro proveitosos semestres, e, ao final, por ter orientado este Trabalho de Conclusão de Curso.

Agradeço ao Guilherme Filipe Andrade dos Santos por fazer parte de toda a minha trajetória acadêmica, principalmente pela co-orientação desta Pesquisa. Mas, principalmente, agradeço pela amizade sincera – duramente sincera – que me ofereceu ao longo desses quatro anos e meio em que nos conhecemos. Ao Professor Dr. Douglas Kovaleski, do Departamento de Saúde Pública da Universidade Federal de Santa Catarina, pela prontidão em me ajudar a reunir material a respeito do Sistema Único de Saúde, pelos livros emprestados e pelos valiosos conselhos.

Ademais, agradeço a Clarice Lopes Esmeraldino e Wagner José de Savino, meus pais que com tanto amor e zelo me criaram, possibilitaram que eu estudasse nesta instituição, me apoiaram nas decisões mais difíceis que precisei tomar e representaram a base de toda a minha segurança. Aos amigos Júlia Wildner Krewer, Eduardo Contini, Isabeli Braga, Thaíam Duarte, Gisele Witte e Alan Schmitt Mafra por me acompanharem durante toda a graduação, aturarem meu temperamento, por terem sido pessoas em quem pude confiar integralmente, por terem me aconselhado a nível pessoal e acadêmico e terem me proporcionado a maior parte dos melhores momentos que vivi nos últimos cinco anos. À Isabeli, especialmente, por ter se disposto a revisar este Trabalho. Não posso deixar de agradecer também ao meu namorado, João Antônio Sousa de Argôllo, por me amar e me respeitar de uma forma nunca antes vista, me ajudar a atravessar o período mais difícil que experimentei e alegrar todos os meus dias.

Por fim, agradeço aos companheiros do Movimento Estudantil que compuseram as Chapas Roda a Baiana, Movimento, Abre a Roda, Nenhum Direito a Menos, os coletivos Antonieta de Barros e Carcará e as Mulheres sensacionais do grupo Respeita as Mina.

RESUMO

A presente monografia versa sobre o acesso à Saúde Pública no Brasil e como isto se relaciona com a Exceção Soberana. A pesquisa realizada procurou determinar quais instituições ou fenômenos permitem que a degradação da Saúde Pública seja utilizada pelo Poder Soberano como instrumento de controle da população. Para tanto, investigou-se a aplicabilidade das Constituições sociais, o contexto histórico que culminou na criação do Sistema Único de Saúde e como o Estado de Exceção encontra na biopolítica ferramentas para expor os cidadãos à morte. Concluiu-se que todos são *homines sacri* perante o soberano, que tem o poder de fazer viver e deixar morrer conforme o projeto político empreendido. E que o desmonte do SUS é uma ferramenta do biopoder para “deixar morrer”, que se concretiza com a impossibilidade de compelir o Poder Executivo a executar a Constituição Federal. O método de abordagem empregado foi o indutivo, enquanto a pesquisa foi desenvolvida a partir da documentação indireta, com pesquisa documental, jurisprudencial e bibliográfica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL	3
1.1 AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS E A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO	3
1.2 O CONSTITUCIONALISMO DOS ESTADOS SOCIAIS	6
1.3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988..	8
1.4 OS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO DA CRFB/1988.....	10
1.4.1 O direito à saúde enquanto um direito fundamental	11
1.4.2 O Sistema Único de Saúde: consolidação e desmonte da instituição	14
1.4.3. Os desafios enfrentados pelo SUS após a Constituição Federal de 1988	21
1.4.4 Análise crítica dos desafios do SUS.....	28
2 O ESTADO DE EXCEÇÃO E A VIDA ECONOMICAMENTE QUALIFICADA..	29
2.1 A VIDA POLÍTICA ENQUANTO EXERCÍCIO DA LIBERDADE	29
2.1.1 A relação de bando	30
2.1.2 A Estrutura do Poder Soberano	31
2.2 A ADOÇÃO DA BIOPOLÍTICA.....	32
2.2.1 A politização da vida.....	35
2.2.2 Norma e técnicas regulamentadoras.....	36
2.2.3 Vida economicamente qualificada e vida indigna.....	38
2.2.4 Essência e materialização do campo	41
3 O DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	46
3.2 ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

O tema dessa monografia é o acesso à Saúde Pública e como isto se relaciona com a Exceção Soberana, de modo a possibilitar o controle populacional através da precarização do Sistema Único de Saúde no Brasil. O interesse pelo tema surgiu a partir do estudo sobre o Estado de Exceção, em que ocorre a suspensão da norma jurídica válida e a instauração de uma zona de anomia que guarda relação de exceção com a ordem jurídica. Da leitura da obra “Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua”, de Giorgio Agamben, surgiram a questão da desaplicação do Direito à situações compreendidas pela norma e a figura do *homo sacer*. Foi inevitável, portanto, a pesquisa sobre quais instituições ou fenômenos permitem que estejamos, no âmbito do Estado Democrático de Direito, expostos a um poder de morte. Finalmente, em relação à legítima ameaça de morte, ou violência, contra a vida biológica dos cidadãos, encontrei na precarização da Saúde Pública um valioso instrumento do biopoder.

O problema proposto, ao qual se pretende responder nessa pesquisa é: a precarização da Saúde Pública pode ser utilizada como instrumento de controle da população através da lógica da exceção soberana?

A hipótese apresentada em resposta é a de que o projeto de precarização do Sistema Único de Saúde é uma das ferramentas do biopoder para expor os cidadãos à morte. Os efeitos da destituição direta de direitos, compreendida em técnicas regulamentadoras e de controle disciplinar a favor do biopoder, e da destituição indireta, que consiste na ameaça de abandono à morte, revelam-se suficientes para controlar a população e reformar o corpo biopolítico do Estado.

No Estado de Exceção o que regula a vida dos cidadãos não é a lei, vigente, porém ineficaz, mas a exceção, que transforma a todos em *homines sacri* na medida em que o vigor da lei depende da intenção do Soberano. A depender do projeto político empreendido no Estado, o cidadão pode ser confrontado com a possibilidade da destituição de seus direitos. Essa realização, por si só, já é uma grave ameaça. Quando o direito em questão é o acesso à Saúde Pública, urge o temor pela própria vida biológica. Para averiguar as implicações da suspensão do Direito à Saúde, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é necessário primeiro investigar os fatores sociais e históricos que influenciaram a criação desta Carta. Com essa finalidade serão estudados autores como Norberto Bobbio, Thomas Hobbes, Paulo Bonavides e José Afonso da Silva. Em segundo lugar, impera compreender os

fenômenos que culminaram na criação do Sistema Único de Saúde a fim de verificar como influenciam, até a atualidade, referida instituição. Para tanto, será desenvolvida pesquisa nas obras de Laura Tavares Ribeiro Soares, Luiz Cutolo, Marco da Ros, Marta Verdi, Renilson Rehem de Souza, Gilson Carvalho e outros.

A fim de introduzir o exame sobre a teoria do Estado de Exceção, a partir de Giorgio Agamben, será necessário recorrer à Hannah Arendt para averiguar a relação entre liberdade e vida pública que a sociedade moderna herdou da Grécia Antiga. Então investigaremos a relação jurídico-política original da sociedade, que segundo Agamben é a relação de bando. Verificaremos que a Exceção Soberana está inscrita desde o início na relação de bando, a qual se trata, portanto, de uma relação de abandono. Adianto que para Agamben a *pólis* se funda sobre a exposição da vida nua à morte, e que nos ordenamentos modernos tal exposição ocorre por meio da biopolítica. Partiremos de Foucault para explicar o que legitima a biopolítica moderna e como o Soberano se utiliza de suas técnicas regulamentadoras e de controle disciplinar para expor a população à morte. Ao final, demonstraremos a forma como o Poder Soberano preenche a fissura biopolítica fundamental, através da exposição à morte, por intermédio de dados coletados acerca das crianças e famílias acometidas pelo zika vírus no estado de Alagoas.

Ao final serão analisadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal a fim de averiguar o posicionamento adotado pela Corte responsável pela guarda do teor político e jurídico da Constituição Federal. Assim, se tornará possível avaliar se o recurso ao STF supre o problema da aplicação dos direitos sociais, especialmente o Direito à Saúde no Brasil e também se o papel do Soberano, que confere força de lei à norma para que seja aplicada, é exercido pelo Poder Judiciário ou Executivo. Ademais, será efetuada uma análise das conclusões obtidas através das teorias de Agamben, Foucault, do Direito Constitucional à partir de Bonavides e Bobbio, e da crítica ao neoliberalismo segundo Laura Tavares Ribeiro Soares a fim de constatar se, e porque, no contexto social vigente no Brasil estamos sujeitos ao controle do Soberano através da precarização da saúde pública.

1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL

1.1 AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS E A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO

A afirmação de direitos fundamentais, materializada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), assinala a quebra do paradigma do Estado absolutista e o nascimento do Estado em concepção moderna, na medida em que centraliza os ordenamentos jurídicos posteriores na proteção às liberdades individuais.¹ Como explica Thomas Hobbes, nas monarquias absolutistas o soberano detinha toda a força e o poder disponíveis no âmbito do Estado e poderia utilizá-los, assim como os bens de todos os cidadãos, como julgasse necessário à manutenção da paz e da defesa comum². Isso necessariamente envolvia legislar pela conservação do *status quo*, compreendido em uma sociedade estamental sujeita a vontade do príncipe, personificação da lei.

O que provocou a inversão de perspectiva ideológica que culminou na rejeição ao Estado absolutista, segundo análise de Norberto Bobbio, foram principalmente as guerras de religião (séculos XVI e XVII), porque gradativamente se passou a reclamar o direito de resistir à opressão, o que pressupunha o direito dos indivíduos a gozar de liberdades fundamentais³. Tais concepções não eram reconhecidas no absolutismo monárquico porque a doutrina absolutista pregava que o soberano era investido de autoridade – conferida pela população – para representar as palavras e ações dos súditos. Assim, as ações do soberano obrigavam o povo, que não tinha o direito de resistir a elas porque era considerado autor das mesmas. Além disso, o soberano também não ficava obrigado em relação aos pactos que fazia em nome dos súditos, uma vez que ninguém está obrigado por algo que não seja de sua autoria⁴.

Verifica-se no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inclusive, que a resistência à opressão de fato foi considerada um requisito básico à conservação dos direitos “naturais e imprescritíveis do homem”⁵. Bobbio esclarece que as liberdades reivindicadas ao final do século XVIII eram consideradas “fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do

¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 8a ed. São Paulo, Elsevier Editora, 2004, p. 4

² HOBBS, Thomas. **Leviatã**, 1a ed. São Paulo, Martin Claret, 2009

³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 8a ed. São Paulo, Elsevier Editora, 2004, p. 4

⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, 1a ed. São Paulo, Martin Claret, 2009

⁵ Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

beneplácito do soberano”⁶, o que demonstra o afastamento entre o indivíduo e o Estado que marcou o constitucionalismo clássico dos Estados liberais.

Com doutrina arraigadamente abstencionista e individualista, no intuito de garantir o não intervencionismo do Estado, o constitucionalismo clássico desenvolveu-se à luz da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão enquanto mera plataforma revolucionária, sem real valor jurídico. Bonavides aponta que “após a absorção e positivação dos princípios básicos da ideologia burguesa”⁷, o conteúdo material das disposições constitucionais se encontrava estável em razão “da homogeneidade do corpo representativo, recrutado mediante técnicas de sufrágio restrito, que conferiam ao elemento burguês privilegiado a hegemonia do poder constituinte”⁸. Marcadas por normativismo e sintetismo, as Constituições liberais alcançam tais características em razão da indiferença à questões sociais.

A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista. A Constituição cabia tão somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade⁹.

A isso Bonavides chama divórcio entre sociedade e Estado, o que colaborou para a crise do constitucionalismo clássico, demarcada pela promulgação da Constituição de Weimar. Sacrificando as teses individualistas que marcaram o Estado liberal, a Constituição de Weimar buscava reconciliar o Estado com a sociedade, afastados ideologicamente em razão da repulsa ao autoritarismo absolutista. Ademais, trata-se do primeiro texto constitucional a contestar o credo político da sociedade burguesa, que era tão estável quanto a aplicação das Constituições liberais, voltadas a satisfazer as necessidades do poder hegemônico.

A instabilidade e o compromisso marcam, ao contrário, o constitucionalismo social, desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós guerra do século XX, buscam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar¹⁰.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 8a ed. São Paulo, Elsevier Editora, 2004, p. 4

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 236

⁸ *Ibidem*, p. 236.

⁹ *Ibidem*, p. 237.

¹⁰ *Ibidem*, p. 240.

Constituição esta que significou uma grande mudança paradigmática para o Direito brasileiro na medida em que influenciou a introdução dos princípios do Estado social no constitucionalismo pátrio. Isso se concretizou com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que ressaltou a proteção à sociedade enquanto indivíduos concebidos coletivamente, aspecto negligenciado pelas Constituições anteriores. Contudo, assim como a Constituição de Weimar, a Constituição de 1934 foi marcada por instabilidade política, a qual se estendeu por mais de 50 anos, tendo no Golpe Militar de 1964 a principal afronta à soberania popular.

Verifica-se influência da Constituição de Weimar também na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, que se manteve alinhada ao Estado social ao instituir, por exemplo, a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas. Mas principalmente, a Carta de 1946 sinalizou o fim do Estado Novo, regime ditatorial de governo em que nem mesmo a “Carta outorgada, de cunho extremamente autoritário, foi cumprida pelos titulares do poder”¹¹ e se tornou insustentável com o fim da Segunda Guerra Mundial.

No plano internacional, face às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas adotou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos no intuito de suprir uma severa lacuna da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: a destituição da condição de cidadão. Tal lacuna foi verificada na medida em que, por força da guerra, populações foram reduzidas a condição de refugiadas e, por não estarem sob a égide de um Estado garantidor, viram-se destituídas de todos os direitos. A esse respeito, Celso Lafer identificou que durante a Segunda Guerra Mundial “perder a cidadania significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado/povo/território”¹². Em crítica à abstração dos direitos do homem, consumada no momento em que indivíduos se viram desprotegidos pelo instituto da cidadania à luz de um Estado soberano, Hannah Arendt aduziu que os direitos do homem,

afinal, haviam sido definidos como inalienáveis porque se supunha serem independentes de todos os governos: mas sucedia que, no momento em que seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los¹³.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 379.

¹² MOISES, Cláudia Perrone. Um pensamento atual. **Revista Cult**, São Paulo, a. 18, n. 208, p. 10-15, dez. 2015, p. 13

¹³ ARENDT, Hannah *apud* MOISES, Cláudia Perrone. Um pensamento atual. **Revista Cult**, São Paulo, a. 18, n. 208, p. 10-15, dez. 2015, p. 12

Assim, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas buscou salvaguardar os direitos dos cidadãos independentemente de estarem compreendidos em um Estado. Favoreceu, segundo Cassesse, a emergência do indivíduo em “um espaço antes reservado exclusivamente aos Estados soberanos”.¹⁴ No entanto, as liberdades contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, recepcionadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constituem efetivamente uma classe de direitos variáveis de acordo com a força representativa dos segmentos sociais que as demandam. Por exemplo, a liberdade religiosa

é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos¹⁵.

Visto que o acesso aos direitos descritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos depende da irresignação e luta dos cidadãos frente ao abandono sofrido no âmbito de cada Estado, está demonstrado que tais liberdades foram declaradas em âmbito internacional porque inexistem de fato. Em âmbito nacional, em última análise, a mera declaração de um direito não garante sua consecução. De tal forma, a realização de direitos fundamentais e sociais continua sendo objeto de aplicação da lei através de decisão do poder soberano.

1.2 O CONSTITUCIONALISMO DOS ESTADOS SOCIAIS

O constitucionalismo dos Estados sociais condiciona os ordenamentos jurídicos a valores incompatíveis com o individualismo na seara jurídica, e está atado a políticas que coadunem com o regime democrático de governo. Não no sentido dos Estados liberais, tendo por valor supremo a proteção aos homens enquanto indivíduos, mas um regime democrático calcado no amparo aos indivíduos enquanto integrantes de uma

¹⁴ CASSESSE, Antonio, *I diritti umani nel mono contemporaneo*, Bári, Laterza, 1988, p. 143 *apud* BOBBIO, Norberto **A Era dos Direitos**, 8a ed. São Paulo, Elsevier Editora, 2004, p. 5

¹⁵ BOBBIO, Norberto **A Era dos Direitos**, 8a ed. São Paulo, Elsevier Editora, 2004, p. 18

sociedade e “indissolúvelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado”¹⁶.

Tanto nas constituições de 1934 e 1946, quanto na de 1988 é possível identificar o intuito do constituinte de inserir na Carta “aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo”¹⁷. Entretanto, conforme mencionado anteriormente, o compromisso desse tipo de Constituição com os interesses básicos, “pertinentes às relações do capital com o trabalho”¹⁸, é constantemente ameaçado por instabilidades advindas de “abalos ideológicos e pressões não menos graves de interesses contraditórios ou hostis, conducentes a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na esfera objetiva das concretizações”¹⁹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquanto Constituição de Estado social, também está sujeita a ter inaplicadas suas normas garantidoras de direitos fundamentais. Dessa forma, de acordo com Bonavides, as controvérsias constitucionais acerca do exercício desses direitos devem ser examinadas e solucionadas “à luz dos conceitos derivados daquela modalidade [social] de ordenamento”, posto que os princípios do constitucionalismo clássico não se aplicam às demandas do constitucionalismo social.

O direito constitucional clássico, tão valioso durante o século passado por comentar o valor político da liberdade, seria hoje em sua dimensão exclusivista e unilateral uma espécie de artefato pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade²⁰.

De forma que a aplicação de princípios do constitucionalismo clássico ao brasileiro contribui para a impossibilidade de juridicizar o Estado social e, por conseguinte, para a crise do direito constitucional instaurado em 1988. Por tais motivos, “o liberalismo somente há de sobreviver num Estado social de legitimidade [...] à sombra das Constituições e dos tribunais constitucionais”²¹, devidamente vinculados à concretização das garantias sociais previstas na Constituição Federal.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 380

¹⁷ *Ibidem*, p. 380

¹⁸ *Ibidem*, p. 380

¹⁹ *Ibidem*, p. 381

²⁰ *Ibidem*, p. 383

²¹ *Ibidem*, p. 595

1.3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Com o fim da Ditadura Militar (1964-1984), instaurou-se no Brasil um período denominado Nova República, caracterizado pela redemocratização do país e convocação de nova Assembleia Nacional Constituinte a fim de romper com a ideologia autoritária e repressiva do regime militar. Tancredo Neves foi o presidente eleito, pela via indireta, para impulsionar o novo plano político do país. Contudo, como é sabido, faleceu antes de assumir a presidência, de forma que este encargo foi transferido a José Sarney, “que sempre esteve ao lado das forças autoritárias e retrógradas”²². Apesar disso, Sarney manteve o plano político de Tancredo Neves e nomeou uma Comissão de Estudos Constitucionais para elaborar o anteprojeto da Constituição e enviá-lo à Constituinte. Após, o presidente encaminhou ao Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional (EC n. 26/85) para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que ocorreu no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional²³.

Dispôs, ainda, que seria instalada sob a Presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, que também dirigiria a sessão de eleição do seu Presidente. Finalmente, estabeleceu que a Constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos, de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte²⁴.

Vencida essa etapa, foi promulgada em 5 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil²⁵, organizada em nove títulos principais, que tratam I) Dos Princípios Fundamentais; II) Dos Direitos e Garantias Fundamentais; III) Da Organização do Estado; IV) Da Organização dos Poderes V) Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; VI) Da Tributação e do Orçamento; VII) Da Ordem Econômica e Financeira; VIII) Da Ordem Social; IX) Das Disposições Gerais. Trata-se de uma “Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte”²⁶ porque visa a garantia dos direitos que prevê. José Afonso da Silva faz importante distinção entre direitos e garantias ao enunciar que “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma” ao passo que “as garantias são

²² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, p. 89

²³ *Ibidem*, p. 89.

²⁴ *Ibidem*, p. 89.

²⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 24/05/2018.

²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 90.

meios destinados a fazer valer esses direitos [da cidadania], são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”²⁷.

Entretanto, como visto, os direitos da cidadania não são fundamentais por natureza; isto é, dependem de condições materiais para sua aplicação, “dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder”²⁸, de institutos eficazes à sua realização. Não basta que sejam enunciados, a exemplo das violações ocorridas na Primeira e Segunda Guerra Mundial, e tampouco que as garantias institucionais sejam previstas. Verifica-se na doutrina constitucionalista a tendência a atestar que as declarações de direitos - especialmente as de direitos sociais - não garantem o acesso aos bens jurídicos previstos se não estiverem acompanhadas de outros mecanismos para garantir-lhes eficácia. Entre esses mecanismos, José Afonso da Silva e Bonavides dão ênfase ao Mandado de Injunção²⁹, Mandado de Segurança Coletivo³⁰ e à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão³¹.

Com efeito, o constitucionalismo do Estado Social brasileiro só é compreensível a partir da teoria dos direitos sociais fundamentais³² e não se concretiza através de

²⁷ *Ibidem*, p. 412

²⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 8a ed. São Paulo, Elsevier Editora, 2004, p. 18

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

³⁰ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

³¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

~~IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;~~

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

~~V - o Governador de Estado;~~

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 386

meras declarações de Direitos, mas sim com recurso aos “institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da constituição o Supremo Tribunal Federal”³³. Assim, tem-se que a crise jurídica do acesso aos direitos fundamentais no Brasil, que se consuma com a precarização das instituições garantidoras - como o Sistema Único de Saúde, trata-se antes de uma crise política.

À época da publicação da 28ª edição do “Curso de Direito Constitucional”, em 2013, Paulo Bonavides já denunciava a articulação de forças políticas voltadas a introdução de retrocessos na Constituição de 1988, bem como à revogação de direitos sociais. E mais, que a realização desse projeto se daria por meio da adoção de técnicas do constitucionalismo clássico do Estado liberal, reinstaurando um “antagonismo fatal entre o Estado e a Sociedade”³⁴. Dispensável dizer, mas a hipótese restou plenamente comprovada.

1.4 OS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO DA CRFB/1988

Na esfera global os direitos sociais, concebidos no campo de uma ordem social, começaram a ser sistematizados juridicamente a partir da Constituição mexicana de 1917. No Brasil, conforme abordado anteriormente, foram inscritos pela primeira vez na Constituição de 1934, sob influência do constitucionalismo alemão³⁵. Encontram-se, na Carta vigente, disciplinados nos Títulos II e VIII - “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e “Da Ordem Social”, respectivamente - e abrangem “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na **forma** desta Constituição”³⁶. A “forma” prescrita pela Constituição se trata dos “mecanismos e aspectos organizacionais” dos direitos sociais, e é justamente o objeto abordado no Título VIII.

Segundo definição de José Afonso da Silva, os direitos sociais

como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas, proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em

³³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 386

³⁴ *Ibidem*, p. 383

³⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 285

³⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 6º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 24/05/2018.

normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais³⁷.

Já na concepção de Paulo Bonavides, por outro lado, os direitos sociais são parte integrante da classe dos Direitos Fundamentais de Segunda Geração, juntamente com os direitos “culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades”, e tem origem nas reflexões antiliberais do século XX^{38 39}.

Em comparação com o período compreendido pela Ditadura Militar, os princípios inscritos em matéria social na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representaram uma significativa inflexão em relação às políticas desenvolvimentistas e individualistas adotadas por esse regime autoritário. Contudo, a inscrição desses princípios na Constituição brasileira – através da previsão dos direitos sociais - dificilmente significou modificações estruturais - de base político-social ideológica - no país, que propiciassem a eficácia dos direitos prescritos. Inclusive, ainda no governo Sarney várias reformas na política social foram abandonadas, e houve redução de gastos em múltiplas áreas da Ordem Social, o que ilustra a insuficiência da mera prescrição de direitos dissociada de ações governamentais para garanti-los⁴⁰.

1.4.1 O direito à saúde enquanto um direito fundamental

Entre os direitos sociais destaca-se o direito a saúde, que é concebido atualmente como um direito de todos e um dever do Estado, “que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”⁴¹. Orienta-se pelos princípios da universalidade e da igualdade em relação ao direito à vida, o que significa que aqueles acometidos por doenças têm direito a equivalente

³⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 286

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 582

³⁹ Destaque-se que os chamados Direitos Fundamentais de Primeira Geração correspondem aos direitos das liberdades civis e políticas do indivíduo enquanto ser isolado e dotado de possibilidade de resistência e oposição perante o Estado

⁴⁰ SOARES, Laura Tavares Ribeiro: Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 213

⁴¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 831

acesso aos serviços que promovem, protegem e recuperam a saúde⁴², e a tratamento nivelado pelo estado atual da medicina⁴³.

A relação entre os direitos fundamentais à vida e a igualdade e o direito à saúde é relativamente nova no constitucionalismo brasileiro, que só em 1988 elevou o direito a saúde à condição de direito fundamental. Anteriormente se limitava a conferir competência à União para “legislar sobre defesa e proteção da saúde, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias”⁴⁴. Tanto que, anteriormente à década de 60, as políticas públicas de saúde se resumiam ao sanitarismo, ao “modelo da medicina previdenciária de atenção à doença baseado nos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs) - antigas Caixas de Aposentadoria e Pensões - para os trabalhadores organizados” e aos Hospitais de Caridade e Santas Casas de Misericórdia sob responsabilidade da igreja^{45 46}.

Na atualidade, a incumbência de assegurar os meios para que a saúde seja acessada de forma universal compete à seguridade social, conforme preceituam os artigos 194 e 195 da Constituição Federal^{47 48}. Por esse motivo, a doutrina brasileira

⁴² *Ibidem*, p. 831

⁴³ *Ibidem*, p. 308

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 309.

⁴⁵ CUTOLO, Luiz R. A; ROS Marco A. da; VERDI, Marta I. M, Saúde e sociedade. 2. ed. Florianópolis. UFSC, 2012, p. 37.

⁴⁶ Como apresentado no livro “Saúde e sociedade”, infere-se que após o golpe de 1964, o regime militar desapropriou os IAPs, que passaram a ser geridos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), que pulverizou os recursos destinados à saúde pública através do desvio de verbas para construção de obras do projeto “Brasil-Potência” (como a Usina Hidrelétrica de Itaipu, Usina Nuclear de Angra dos Reis, Ponte Rio-Niterói e Transamazônica), para o financiamento da construção de hospitais privados e para a compra de medicamentos do setor privado. Os autores apontam, inclusive, que o regime militar concedeu empréstimos para a construção de hospitais privados com carência de 10 anos, após os quais os débitos começariam a ser quitados sem a incidência de juros ou correção monetária.

⁴⁷ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

⁴⁸ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]

afirma que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo a lógica das Constituições da Itália (art. 32), de Portugal (art. 64) e da Guatemala (arts. 93-100), submete o direito à saúde ao conceito de seguridade social⁴⁹.

Na Carta vigente, o direito a saúde é tratado como um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”⁵⁰. Conforme visto anteriormente, no entanto, há diferenças entre a declaração de um direito e a prescrição de uma garantia. A Constituição da República tentou prescrever garantias à eficácia do direito à saúde, “prevendo, por exemplo, fonte de recursos para a seguridade social, com aplicação obrigatória nas ações e serviços de saúde e às prestações previdenciárias e assistenciais (arts. 194 e 195)”⁵¹. Em vista da crise política e constitucional que o Brasil experimenta, peço vênia para o pleonasma: tais garantias não foram suficientes. E reduzir a eficácia de direitos fundamentais aos remédios constitucionais - Mandado de Injunção, Mandado de Segurança Coletivo e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – significa condicionar tais direitos às subjetividades da apreciação judicial, além de impor sobrecarga ao Poder Judiciário.

De todo modo, as ações e serviços de saúde se tratam de matéria de ordem pública e estão sujeitos “à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros”.^{52,53} Para que o

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 309

⁵⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 196. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 24/05/2018.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 466

⁵² *Ibidem*, p. 831

⁵³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

Poder Público pudesse desempenhar essa função, foi criado através da Constituição Federal de 1988 o Sistema Único de Saúde, sobre o qual se discorrerá pormenorizadamente a seguir.

1.4.2 O Sistema Único de Saúde: consolidação e desmonte da instituição

Conforme visto, anteriormente à Constituição Federal de 1988, a saúde no Brasil não era tratada como um direito fundamental ou matéria de ordem pública. Ficava majoritariamente a cargo de instituições de caridade e dos IAPs – Institutos de Aposentadoria e Pensões, seguindo o modelo da medicina previdenciária⁵⁴.

Em 1963, por exemplo, o IAP dos Industriários (IAPI), o mais organizado dos institutos, cobrava 3% dos trabalhadores e igual contribuição dos patrões. Com esses recursos, tinha hospitais próprios, corpo de médicos e enfermeiros, equipamentos de última geração e ambulatorios gerais⁵⁵.

Após o golpe militar de 1964, mesmo os IAPs foram desapropriados e o acesso à saúde pelos trabalhadores organizados se tornou mais oneroso. A contribuição salarial dos trabalhadores aumentou para 6%, assim como a dos empregadores, que, no entanto, tinham seu inadimplimento anistiado a cada cinco anos. Ademais, o Ministério da Saúde teve seu orçamento reduzido à décima parte, o que influenciou o alastramento de epidemias razoavelmente controladas⁵⁶. Em 1973, em razão da primeira crise internacional do petróleo houve também primeira grande crise do regime militar no Brasil, que desencadeou dissidências internas. Parte do governo militar passou a traçar outras estratégias políticas, “inclusive para o modelo de saúde”⁵⁷.

A própria Escola Superior de Guerra (ESG) – a base da “inteligência” militar – denuncia a diminuição das condições de saúde dos candidatos ao serviço militar. Afirmava que nesses 10 anos tinham aumentado o número de cáries e o percentual de verminoses nos brasileiros, a altura média tinha diminuído, além de terem eclodido epidemias até então relativamente sob controle, como malária, esquistossomose, doença de Chagas e febre amarela, em função da diminuição extrema de recursos para medidas preventivas do Ministério da Saúde⁵⁸.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

⁵⁴ CUTOLO, Luiz R. A; ROS Marco A. da; VERDI, Marta I. M, Saúde e sociedade. 2. ed. Florianópolis. UFSC, 2012, p. 37.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 39.

Em movimento de repúdio às políticas institucionais empreendidas pelos militares, surgiu o Movimento Pela Reforma Sanitária, que reivindicava o fim da ditadura militar, a criação de um Sistema Único de Saúde e se manifestava contra a hegemonia dos complexos médico-industriais. Era composto por diversas correntes, entre estas a dos preventivistas, que reivindicavam recursos para o desenvolvimento da medicina preventiva; dos publicistas, oriundos do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, que postulavam que “os recursos do governo deveriam ser usados para a construção de hospitais e a compra de equipamentos públicos”⁵⁹; pela Igreja, que criou Encontros Nacionais de Experiências em Medicina Comunitária (Enemecs); por ex-militantes da UNE que se tornaram profissionais e professores universitários, e criaram “o Movimento de Renovação Médica (Reme) e o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes)”⁶⁰. A partir de então as demandas pela criação de um Sistema Único de Saúde foram recorrentes.

No ano de 1975 discutiu-se a criação do SUS na 5ª Conferência Nacional da Saúde⁶¹, que em sua sétima edição (1980) contou pela primeira vez com a participação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, o qual colaborou para a apresentação do PREV – Saúde⁶². Com a Crise Financeira dos anos 80, decorrente do endividamento externo e interno proveniente das políticas de “fuga para a frente” do Estado Desenvolvimentista, o Brasil teve abalada “sua ação estruturante, não apenas pela forte redução do gasto e dos investimentos públicos, mas também pela completa ausência de políticas de desenvolvimento”⁶³. Associada ao alto déficit da previdência, tal crise impôs à assistência médica “uma das maiores restrições financeiras da sua história”⁶⁴.

Em vista da restrição dos recursos repassados à Saúde, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS⁶⁵, traçou novas estratégias programáticas para as ações concernentes à assistência médica. Uma das mais importantes, essencial para o movimento de universalização da saúde pública, foi

⁵⁹ CUTOLO, Luiz R. A; ROS Marco A. da; VERDI, Marta I. M. **Saúde e sociedade**. 2. ed. Florianópolis. UFSC, 2012, p. 40.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 40.

⁶¹ *Ibidem*, p. 41.

⁶² Programa que propunha a fusão do Ministério da Previdência e Assistência Social e Ministério da Saúde, com repasse de recursos aos municípios, o que culminou na criação dos Postos de Saúde.

⁶³ SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina**, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 153.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 244.

⁶⁵ Conforme detalhado no texto de Soares, o INAMPS era o órgão de maior relevância para a saúde pública do Brasil posto que detinha a maior rede hospitalar e ambulatorial. Além disso, era responsável pelos repasses de verbas – que amparavam mais de 80% das iniciativas voltadas à saúde no país – aos Estados e Municípios.

permitir o acesso a rede hospitalar e ambulatorial a todos os cidadãos, independentemente de serem contribuintes da previdência social⁶⁶. No intuito de organizar os programas de promoção da saúde pública, criou o Conselho Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – CONASP, que tomou a importante medida de, em 1982, criar o Programa das Ações Integradas de Saúde – AIS, ao qual se atribui o marco inicial para implementação do SUS⁶⁷.

O Programa das AIS permitia, através da assinatura de convênios, o repasse de recursos do INAMPS para os Estados e Municípios com o propósito de reforçar seus gastos com saúde. [...] Na medida em que esse repasse era acompanhado de investimentos que possibilitassem a ampliação da rede e de sua capacidade operativa, essa estratégia das AIS representou também uma importante extensão da cobertura de serviços de saúde. Em 1984, o número de convênios com Municípios chegava a somente 132 [...]. Já em 1985, o número de Municípios com convênio ais passou para 644, alcançando uma cobertura de 67% da população brasileira. Em 1986, as AIS já haviam atingido aproximadamente 2500 municípios, cobrindo cerca de 90% da população brasileira⁶⁸.

Sob a presidência de Hésio Cordeiro⁶⁹, o INAMPS adotou estratégias que favoreceram a expansão e aperfeiçoamento da saúde pública, entre estas o incentivo ao desenvolvimento das UPS (unidades públicas de saúde) e a implantação de convênio com entidades filantrópicas, o que possibilitou que as equipes que prestassem atendimento a não-contribuintes da previdência fossem remuneradas. Entretanto, a implantação dessas medidas não ocorreu apenas em razão “da vontade política e esforço técnico” ou de predições legais, mas sim de “um aumento real de recursos federais aplicados ao setor da saúde”⁷⁰.

Durante a 8ª Conferência Nacional da Saúde, então, foi aprovada a proposta da criação de um Sistema Único de Saúde pautado nos princípios da universalidade de acesso, hierarquização, descentralização político-administrativa “com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito pessoal social, de um lado, e de direito social coletivo, de outro”⁷¹. Nessa conjuntura se

⁶⁶ SOARES, Laura Tavares Ribeiro: Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 242.

⁶⁷ SOARES, Laura Tavares Ribeiro: Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 245.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 245

⁶⁹ Presidente do INAMPS entre 1985 e 1988.

⁷⁰ SOARES, Laura Tavares Ribeiro: Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 245.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 832.

verificou a existência da infra-estrutura “essencial para o desenvolvimento de políticas de universalização e descentralização”⁷². Tal desenvolvimento se solidificou com a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde-SUDS, em 1987, com propostas que foram consolidadas na Constituição de 1988, tais como “universalização e equidade no acesso aos serviços de saúde, integralidade de assistência, regionalização e integração dos serviços, descentralização das ações e dos recursos”⁷³.

Conforme observado, no início da redemocratização do país ocorreram significativas transformações políticas e sociais no Brasil, que tornaram possíveis a ocupação de postos estratégicos do governo “por pessoas e grupos políticos identificados até então como oposição a todos os governos anteriores pós-64” e a organização de movimentos sociais⁷⁴. Isso resultou inicialmente em uma mudança paradigmática nos projetos e programas governamentais da área social. São exemplo desse fenômeno:

O COPAG - Prioridades Sociais (de 1985), o I PND da Nova República, as Prioridades Sociais de 1986 e todos os documentos elaborados por **Comissões** (compostas por membros do governo, do Congresso e da sociedade civil) **destinados a reforma dos sistemas tributário, financeiro e administrativo, e às reformas setoriais na área social** (Educação, previdência social, habitação, assistência social, alimentação e nutrição e **saúde** - reforma sanitária)⁷⁵.

A Comissão Nacional da Reforma Sanitária, por exemplo, assessorou os deputados da Constituinte durante dois anos para que, finalmente, em 1988 a Constituição Federal determinasse a criação do Sistema Único de Saúde e dispusesse sobre a saúde pública no Brasil nos arts. 196-200⁷⁶. Além de prestar assistência médico-hospitalar à população, o SUS também possui as funções de desenvolver atividades de controle e fiscalização de substâncias “de interesse para a saúde e outras destinadas ao aperfeiçoamento das prestações sanitárias”⁷⁷, inclusive com a fiscalização da cadeia de produção de substâncias psicoativas, tóxicas e radioativas, além dos alimentos e da água destinada a consumo humano; de realizar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como de colaborar nas políticas de saneamento básico; estimular o

⁷² SOARES, Laura Tavares Ribeiro: *Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina*, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 242.

⁷³ SOARES, Laura Tavares Ribeiro. *Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina*, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 242.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 210.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 210.

⁷⁶ CUTOLO, Luiz R. A; ROS Marco A. da; VERDI, Marta I. M. *Saúde e sociedade*. 2. ed. Florianópolis. UFSC, 2012, p. 43.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 832.

desenvolvimento técnico-científico na área da saúde; e, finalmente, de cooperar para a proteção do meio-ambiente, abarcado também o meio-ambiente do trabalho⁷⁸.

Conforme preceitua o § 1º, do art. 198, da Constituição Federal, o Sistema Único de Saúde é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que aplicarão, anualmente “em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)⁷⁹.

A respeito da forma de ingresso dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, a Constituição Federal estabeleceu que ocorrerá por meio de processo seletivo público, “de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação”⁸⁰, respeitados os limites previstos na lei complementar a que se refere o artigo 169 da Constituição. José Afonso da Silva aponta, por outro lado, uma ressalva ao requisito de participação de processo seletivo para a posse regular nos cargos de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias:

[...] aqueles profissionais que, na data da promulgação da EC 51-2006, estivessem desempenhando, a qualquer título, as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, ficaram dispensados do referido processo seletivo, desde que tivessem sido contratados a partir de anterior processo de seleção pública efetuado por órgão ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município, ou por outras instituições com efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação⁸¹.

⁷⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 200. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28/05/2018.

⁷⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 198, § 2º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 28/05/2018.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 832.

⁸¹ *Ibidem*, p. 832.

Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 63/2010, o § 5º, do art. 198, da Constituição determinou que o regime jurídico, piso salarial profissional nacional, diretrizes para Planos de Carreira e regulamentação das atividades dos agentes serão objeto de Lei federal, e que compete à União prestar assistência complementar à realização do piso salarial definido. No caso do descumprimento de requisitos específicos para o exercício dos cargos de agente de combate às endemias e agente comunitário de saúde por servidor que exerça função análoga a esses cargos, a Constituição postula que poderá ocorrer a perda do cargo.

Apesar de terem mais possibilidades de produzir efeitos jurídicos do que as Declarações de Direitos estudadas previamente, as normas através das quais a Constituição Federal criou o Sistema Único de Saúde se tratam de normas programáticas, e dependiam de complementação legislativa para que pudessem ser aplicadas. Com essa finalidade foram publicadas a Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/1990⁸², a despeito de significativo veto⁸³ do então presidente Fernando Collor, e a Lei Orgânica da Saúde nº 8.142/1990⁸⁴.

A Lei 8.080/1990 foi concebida com o intuito de especificar as determinações constitucionais acerca da organização administrativa do Sistema Único de Saúde, bem como de determinar suas atribuições e competências. É composta por cinco títulos principais, que dizem respeito a I) Disposições Gerais, em que atribui a saúde à categoria dos direitos fundamentais e dispõe sobre o dever garantidor do Estado e os fatores determinantes do conceito de saúde⁸⁵; II) O Sistema Único de Saúde, que é o mais extenso dos títulos, dividido em oito capítulos, os quais abrangem os objetivos e atribuições do SUS, seus princípios e diretrizes, a organização, gestão e direção do Sistema, as atribuições da União, Estados e Municípios em relação ao SUS, bem como as competências da Direção Federal, Estadual e Municipal do SUS, o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (incluído pela Lei n. 9.836/1999), o Subsistema de Atendimento e Internação Domiciliar (incluído pela Lei n. 10.424/2002), o Subsistema de Acompanhamento Durante o Trabalho de Parto, Parto e Pós-Parto Imediato (incluído pela Lei n. 11.108/2005), e a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em

⁸² Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

⁸³ Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep680-L8080-90.pdf>. Acesso em 28/05/2018.

⁸⁴ Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde

⁸⁵ A alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

saúde (por força da Lei n. 11.108/2005); III) Dos Serviços Privados de Assistência à Saúde, no qual permite a atuação da iniciativa privada nos serviços de assistência à saúde e fixa limites éticos e normativos a seu funcionamento; IV) Dos Recursos Humanos, em que determina os objetivos da política de recursos humanos na área da saúde pública, e estabelece que os cargos de chefia, assessoramento e direção do SUS só poderão ser exercidos de forma integral; V) Do Financiamento; que traz disposições sobre as formas de captação de recursos, sobre como tais recursos serão movimentados, e como ocorrerão o planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde⁸⁶.

A LOS [Lei Orgânica da Saúde] estabelece em seu artigo 25 as atribuições comuns das três esferas de governo, de forma bastante genérica abrangendo vários campos de atuação. Os artigos 16 a 19 procuram definir as competências de cada gestor do SUS e os artigos 20 a 26 também são relevantes ao tratarem da participação do setor privado no SUS. Os itens da LOS que abordam as questões referentes ao financiamento e participação social no SUS foram muito prejudicados pelos numerosos vetos presidenciais [de Fernando Collor], sem do esse problema parcialmente contornado pela promulgação da Lei Complementar nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990⁸⁷.

Muito mais sintética, a Lei n. 8.142/1990, por seu turno, em apenas sete artigos⁸⁸ se incumbiu de criar a Conferência de Saúde, com o propósito de “avaliar [a cada quatro anos] a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes”⁸⁹; bem como o Conselho de Saúde, “órgão colegiado [assim como a Conferência de Saúde] composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários” com a função de atuar na “formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde”⁹⁰. Além disso, estabeleceu a forma de alocação dos recursos do Fundo Nacional de Saúde – FNS, remeteu a forma de repasse destes ao artigo 35 da Lei n. 8.080/1990, estabeleceu requisitos⁹¹ que os Municípios, Estados e o Distrito Federal devem cumprir a fim de

⁸⁶ Lei n. 8.080/1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em 29/05/2018.

⁸⁷ SOUZA, Renilson Rehem de. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro**. Seminário Internacional Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas. São Paulo, 2002, p. 38. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf. Acesso em 29/05/2018

⁸⁸ Em oposição aos 55 artigos da Lei n. 8.080/1990.

⁸⁹ Lei n. 8.142/1990, art. 1º, I. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm. Acesso em 29/05/2018.

⁹⁰ Lei n. 8.142/1990, art. 1º, II. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm. Acesso em 29/05/2018.

⁹¹ Art. 4º Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com:

I - Fundo de Saúde;

II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990;

III - plano de saúde;

receber os recursos do FNS, e atribuiu competência ao Ministro da Saúde para, mediante portaria, estabelecer condições para a aplicação da mesma Lei.

1.4.3. Os desafios enfrentados pelo SUS após a Constituição Federal de 1988

Não se pode olvidar que a publicação das Leis n. 8.090/1990 e 8.142/1990 está inserida no contexto histórico abalado pelo final do governo Sarney (1985-1990), em que ocorreu “a expressão máxima do esgotamento do Estado Desenvolvimentista”⁹², de forma que restou debilitada a eficácia dos direitos sociais de acesso à saúde previstos nas Leis 8.080/1990, 8.142/1990 e na Constituição de 1988. A população brasileira sofria os impactos provenientes da hiperinflação, o que acarretou em uma crise de legitimidade da autoridade governamental, e consequentemente “à insustentabilidade da situação política e econômica e a um sentimento generalizado de necessidade de uma mudança radical de rumo”⁹³. Eis a conjuntura que favoreceu a nomeação de Fernando Collor para o cargo de presidente da República.

Após 30 anos de regime ditatorial, o Brasil elegeu – via voto majoritário – um “candidato que, ao mesmo tempo representava a direita política e conseguiu aglutinar em torno de si amplos setores da população ao propor uma reformulação profunda da situação vigente”⁹⁴. Com tendência política marcada pelo “rupturismo” neoliberal, não impressiona que Collor tenha formulado um veto de 17 páginas a vários dispositivos da Lei 8.080/90. Através de um plano de estabilização e reforma econômica, Collor empreendeu uma política neoliberal que resultou no corte dos recursos destinados às políticas sociais.

Provocou-se uma recessão, aumentando o desemprego e piorando ainda mais a situação dos mais carentes, o que obviamente desencadeou uma elevação na demanda por benefícios e serviços sociais (particularmente os relacionados à Seguridade Social, como Previdência e Saúde [...]). Neste quadro, a proposta do governo Collor foi a de cortar ainda mais os gastos públicos⁹⁵.

IV - relatórios de gestão que permitam o controle de que trata o § 4º do art. 33 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;

V - contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento;

VI - Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS), previsto o prazo de dois anos para sua implantação.

Parágrafo único. O não atendimento pelos Municípios, ou pelos Estados, ou pelo Distrito Federal, dos requisitos estabelecidos neste artigo, implicará em que os recursos concernentes sejam administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.

⁹² SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina**, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 154.

⁹³ *Ibidem*, p. 154.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 154.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 157.

Uma vez associadas a crise econômica dos anos 90 e a ideologia neoliberal, as decisões políticas do governo Collor significaram retração de gastos com programas sociais. Os progressos realizados em direção à universalização da saúde pública e integralidade da assistência médica sofreram considerável refluxo. Verifica-se, a título de comparação, que a quantidade de recursos repassados pelo Fundo Previdência e Assistência Social – FPAS ao INAMPS em 1987 foi de 37% de seu orçamento. Já em 1993, o Ministério da Previdência – MPS (que substituiu o FPAS) deixou de repassar qualquer recurso à saúde pública⁹⁶.

No processo de dismantelamento geral da máquina pública perpetrado pelo governo Collor, o setor Saúde foi, sem sombra de dúvida, dos mais atingidos. A dramática redução dos recursos, mais visível hoje pelas suas consequências, não foi o único problema. O retrocesso institucional, iniciado, como vimos, já em 1989, aprofundou-se. Assim, paralelamente à promulgação da Lei Orgânica da Saúde (regulamentando o respectivo capítulo constitucional), uma série de medidas, portarias e práticas administrativas distorceram a proposta original do SUS (Sistema Único de Saúde).

Em linhas gerais, constata-se que a despeito da previsão de direitos e remédios constitucionais, a garantia do direito à saúde pública não se perfectibiliza se outras decisões políticas desviarem os recursos necessários à eficácia do projeto político-jurídico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por exemplo, durante o governo Collor, o desmonte do setor da saúde se utilizou da previsão constitucional da “unificação”, para extinguir o INAMPS em 1993, com incorporação de suas funções pela Secretaria de Ações de Saúde do Ministério da Saúde. Visto que tal Ministério se encontrava despojado de recursos públicos, a absorção das funções do INAMPS “significou, na realidade, enfraquecimento do setor saúde, sobretudo de seu componente assistencial”⁹⁷. O processo de descentralização político administrativa, também previsto pela Constituição, foi subvertido através da substituição dos Estados pelos Municípios no tocante ao repasse de recursos. Todavia, isso somente significou que “estes [recursos] passaram a ser repassados diretamente às Prefeituras Municipais através de convênios, cujos termos permitiam ampla margem de relação clientelista”⁹⁸, o que obstava a implantação de uma política de saúde minimamente equitativa.

⁹⁶ SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina**, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 248.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 248.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 248.

No intento de regular a forma como a descentralização administrativa do SUS ocorreria, em 1991 o INAMPS criou alguns parâmetros para condicionar as transferências de recursos aos Municípios através da Norma Operacional 01/91⁹⁹. Tais critérios eram baseados na afluência da prestação de serviços pelas unidades de saúde. Por exemplo, após a prestação do serviço de Autorização de Internação Hospitalar (AIH), o valor do serviço seria repassado “diretamente à unidade de saúde, pública ou privada”¹⁰⁰ obedecida a frequência máxima de 0,1 AIH por habitante por ano à cada Unidade da Federação. As Unidades de Cobertura Ambulatorial (UCA) por sua vez, tiveram fixado um valor *per capita* anual de acordo com a capacidade da unidade em questão e com base também no “desembolso assistencial estimado para as atividades ambulatoriais, considerando-se a qualidade e o grau de resolutividade da rede implantada”.¹⁰¹ Também foi criado um novo parâmetro para a liberação de recursos para investimentos nos Estados e Municípios, - as Transferências Destinadas ao Investimento – em 1992 através de nova Norma Operacional Básica. Tal norma condicionava o repasse “à existência de Planos Quinquenais de Investimentos, Planos Estaduais e Municipais de Saúde e Previsão de Recursos em Lei Orçamentária do Estado ou Município”¹⁰².

A solução dada pelo INAMPS ao clientelismo formado entre a União e determinados Municípios não surtiu o efeito desejado. Em relação às AIHs, a fixação do teto de 0,1/habitante/ano para o repasse de recursos para internações significou redução de cerca de 18,3% nas internações realizadas em 1991¹⁰³. Por óbvio que a população não deixou de adoecer e necessitar de internação hospitalar. O que houve foi uma redução artificial do número de internações, que “associada a redução do volume total de recursos repassados [pela União], [contribuiu para] a crise de enormes proporções que se abateu sobre a rede hospitalar”¹⁰⁴ na década de 90. A norma que previa o condicionamento das Transferências Destinadas ao Investimentos à apresentação de planejamento estratégico também foi ineficaz. Os recursos destinados a investimentos continuaram sendo transferidos da mesma forma que em 1991: por negociação, ou seja, “por solicitação de deputados e senadores, não obedecendo, na maioria das vezes,

⁹⁹ *Ibidem*, p. 249.

¹⁰⁰ SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina**, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999, p. 249.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 249.

¹⁰² *Ibidem*, p. 251.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 250.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 250.

qualquer critério técnico de necessidade ou prioridade”¹⁰⁵. Observa-se, assim, que a ineficácia dessas normas se deve ao fato de que a Administração Pública, sopesados os interesses políticos em questão, por vezes age licitamente de forma contrária à Norma.

Segundo Gilson Carvalho, uma das maiores dificuldades para a realização do Sistema Único de Saúde constitucional reside na negligência do governo federal à criação de condições materiais para o desenvolvimento da saúde pública. Adverte, no entanto, que a busca por mais financiamento não basta à promoção da saúde de forma universalizante, o que depende também da eficiência na gestão desses recursos¹⁰⁶. Como visto, entretanto, a gestão da saúde pública também não basta por si só, uma vez que a própria Administração Pública e o Poder Executivo por vezes contrariam as estratégias de concretização dos direitos sociais. Carvalho aponta, nesse sentido, para o problema da inconstitucionalidade ou ilegalidade de diversas portarias do Ministério da Saúde:

As portarias [...] hierarquicamente as derradeiras, jamais podem ditar regras que contrariem CF, Leis e Decretos. Vã expectativa. O que mais ocorre é exatamente o contrário: portarias contrariando frontalmente as leis. São centenas e milhares de portarias ao ano só do Ministro da Saúde e existem ainda outras de seus secretários e o equivalente das agências reguladoras. A grande maioria delas ilegal e/ou inconstitucional. Assim acontece no pós-constitucional como rotina de todos os governos que por lá passaram de qualquer matiz ideológico¹⁰⁷.

A constatação da inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais, Decretos, Portarias e decisões judiciais, também denunciada por Carvalho, corrobora com o argumento até então defendido de que, independentemente do teor ideológico da Constituição, a mera declaração de direitos não é suficiente à juridicização do Estado social. Isso depende de decisões judiciais favoráveis aos princípios do constitucionalismo social – quando os cidadãos buscarem os remédios constitucionais à violação de seus direitos – e de decisões ou práticas do Poder Executivo que possibilitem a captação e gestão de recursos, com consequente aplicação dos mesmos no setor da saúde pública. Afirmar que a mera declaração de direitos sociais cumpre a função social do Estado conforme a Constituição Federal de 1988 beira a má-fé objetiva.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 251.

¹⁰⁶ CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Estudos Avançados*, a. 27, n. 78, p. 6-26. 2013, p. 18. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002. Acesso em 02/06/2018.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 19.

Após a implementação e consolidação do SUS, os desafios enfrentados pela instituição entre 2003 e 2015 se encontraram na negligência do governo federal com o financiamento e com a composição do Ministério da Saúde¹⁰⁸. A fim de fundamentar a assertiva de que o governo federal subfinancia, historicamente, a saúde pública, Gilson Carvalho coletou as seguintes evidências:

1a Evidência: o gasto federal per capita caiu entre 1997 e 2008 e só aumentou depois diante da ameaça da gripe suína. Em 1997 eram R\$ 294 per capita. Em 2003, primeiro ano do governo Lula, R\$ 234, e em 2008, R\$ 289.

2a Evidência: entre 1995 e 2011 caiu o gasto percentual em relação à Receita Federal. Em 1995 o Ministério da Saúde teve disponível para suas atividades 11,72% da receita corrente bruta da União. Em 2011, esse percentual caiu para 7,3%.¹⁰⁹

3a Evidência: a participação federal no financiamento da saúde pelas três esferas de governo veio caindo e aumentando a participação de estados e municípios. Em 1980 a participação federal era de 75%, a estadual, 18%, e a municipal, de 7%. Em 1991, 73% da União, 15% dos Estados e 12% dos municípios. Em 2001 a União continua diminuindo seu gasto agora representando 56%, os Estados, 21%, e os municípios, 23%. Já em 2011, a União apenas contribuiu com 47%, os Estados, com 26%, e os municípios, com 28%¹¹⁰.

Atualmente, no entanto, o projeto de desmonte do Sistema Único de Saúde ultrapassa a omissão e se direciona à deliberada destruição da saúde pública. Com o intuito de por em curso a proposta de minimizar o papel do Estado e ceder ao capital privado o protagonismo na garantia da saúde, o governo – ilegítimo, que ascendeu à presidência do país através do Golpe de 2016 – de Michel Temer desferiu severos golpes contra o SUS. Por sua vez, a Federação Brasileira de Planos de Saúde – FEBRAPLAN, já apresenta sinais de que prepara proposta para substituir o SUS. No início de abril de 2018, por exemplo, realizou um evento para planejar a construção do “Novo Sistema Nacional de Saúde”. Conforme análise do deputado Marcos Martins, o programa oferecido pela FEBRAPLAN prevê que durante os próximos 20 anos mais da metade da população passe a ter assistência médica exclusivamente da rede privada. E mais, que esta, por sua vez, receberá não só o repasse de recursos atualmente destinados

¹⁰⁸ Conforme se verifica no texto de Renilson Rehem de Souza, a escolha do Ministro da Saúde influencia o andamento de todo o Sistema Único de Saúde porque é de competência do Ministério da Saúde a direção nacional do SUS, o estabelecimento dos padrões técnicos de assistência à saúde, a elaboração de atividades de planejamento, controle, auditoria, promoção da descentralização político-administrativa a nível nacional, de regulação do setor privado de assistência médica, além de definição e coordenação dos sistemas de alta complexidade, de laboratórios de saúde pública, e de sangue e hemoderivados.

¹⁰⁹ Importante lembrar que a Constituição Federal ordena, em seu artigo 198, §2º, inciso I, que o percentual mínimo da receita líquida corrente do respectivo exercício financeiro que a União pode repassar ao Sistema Único de Saúde é 15%.

¹¹⁰ CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estudos Avançados**, a. 27, n. 78, p. 6-26. 2013, p. 20. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002. Acesso em 02/06/2018.

à saúde pública, como também contraprestação pecuniária por parte dos usuários conveniados¹¹¹.

O projeto da precarização do Sistema Único de Saúde, motivada entre outros pela queda da participação do governo federal em seu financiamento, associa-se aos índices massivos de desemprego do período pós-golpe para abandonar os cidadãos à morte, posto que “um importante contingente populacional antes vinculado a planos de saúde associado ao vínculo do emprego”¹¹² voltou a ser atendido pelo SUS. A integralidade e universalidade de atendimento pretendidas pelas disposições da Constituição Federal de 1988, e pelas Leis 8.080/1990 e 8.142/1990 não tem eficácia em vista da míngua do Sistema, e a população brasileira não detém recursos, de modo geral, para a contratação de planos de saúde. Parece, portanto, que a estratégia política do governo federal é o aniquilamento da população permitido pelo racismo institucional e pela especulação mercadológica.

Conforme denuncia a diretora do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES, Ana Maria Costa, uma das principais ameaças experimentadas pela saúde pública em virtude do governo golpista é a “Emenda Constitucional (EC) 95, que estabelece teto para os gastos públicos sem afetar a polpuda fatia do Orçamento destinada ao superávit primário [...]

na prática, significa a impossibilidade de o SUS cumprir seus desígnios constitucionais para garantia da saúde como direito universal. Estima-se que a aplicação dessa EC retira do SUS aproximadamente R\$ 400 bilhões em 20 anos se for considerado o crescimento anual do PIB a 2,0% e a taxa de variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) em 4,5%¹¹³.

Mais recentemente, com o intuito de por fim a greve deflagrada pela categoria dos caminhoneiros – que paralisou quase todos os setores produtivos do país – o governo federal anunciou a redução de R\$ 0,46 no litro do óleo diesel por 60 dias a partir de 04/06/2018¹¹⁴. Para oferecer tal desconto, o governo de Michel Temer abriu crédito extraordinário de R\$ 9.580.000.000,00 (nove bilhões e quinhentos e oitenta

¹¹¹ MARTINS, Marcos. O SUS não pode ser saqueado pelos planos de saúde. **Carta Capital**. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/saude/o-sus-nao-pode-ser-saqueado-pelos-planos-de-saude>. Acesso em 02/06/2018.

¹¹² COSTA, Ana Maria. A Saúde em tempos de golpe. **Saúde Debate**; Rio de Janeiro, v. 41, n. 112, p. 5-12, 2017. P. 7. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v41n112/0103-1104-sdeb-41-112-0005.pdf>. Acessado em 01/06/2018.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2018/05/temer-anuncia-novo-acordo-para-acabar-com-paralisacao-de-caminhoneiros>. Acesso em 02/06/2018.

milhões de reais), através da Medida Provisória nº 839, de 30 de maio de 2018¹¹⁵, em favor dos Ministérios de Minas e Energia e da Defesa. A fim de arrecadar os fundos necessários à referida manobra política, Temer reduziu benefícios fiscais de alguns setores da economia e, principalmente, cancelou programas nas áreas da saúde, educação, ciências, reforma agrária, entre outras.

[Na área da saúde] uma das principais perdas foi no programa para fortalecer o Sistema Único de Saúde, que perdeu 135 milhões de reais do Fundo Nacional de Saúde. Também foram retirados recursos para esse programa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e da Fundação Oswaldo Cruz, que perdeu 5, 2 milhões de reais¹¹⁶.

Em análise dos dados apresentados às páginas 19-24, do Anexo II, da MP nº 839/2018, nota-se que o desfalque dado por Temer através dessa medida na área da saúde pública alcançou o montante de R\$ 179.603.221,00 (cento e setenta e nove milhões, seiscentos e três mil, duzentos e vinte e um reais), culminando no cancelamento imediato dos seguintes projetos: Construção do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico em Belo Horizonte/MG; Construção dos Institutos de Saúde da Mulher e da Criança e de Infectologia; Implantação de Centros de Desenvolvimento Tecnológico e de Produção de Insumos para o SUS; Modernização de Unidades da Fundação Oswaldo Cruz; Implantação de Melhorias Habitacionais para Controle da Doença de Chagas; Implantação e Melhoria de Sistemas Públicos de Manejo de Resíduos Sólidos em Municípios de até 50.000 Habitantes, Exclusivo de Regiões Metropolitanas ou Regiões Integradas de Desenvolvimento Econômico (RIDE); Implantação de Melhorias Sanitárias Domiciliares para Prevenção e Controle de Doenças e Agravos em localidades urbanas de municípios com população até 50.000 habitantes; Implantação, Ampliação ou Melhoria de Ações e Serviços Sustentáveis de Saneamento Básico em Pequenas Comunidades Rurais (Localidades de Pequeno Porte) ou em Comunidades Tradicionais (Remanescentes de Quilombos); Doação à Agência Internacional de Compra de Medicamentos para Países em Desenvolvimento – UNITAID; Estruturação dos Serviços de Hematologia e Hemoterapia; Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde Indígena. Mais uma vez denota-se a tendência dos gestores do golpe a dilapidar a saúde pública em favor do empresariado.

¹¹⁵ Medida Provisória nº 839/2018. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=30/05/2018&jornal=600&pagina=4&totalArquivos=96>. Acesso em 02/06/2018.

¹¹⁶ MARTINS, Miguel. Temer reduz programas sociais para compensar queda do diesel. **Carta Capital**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/governo-temer-corta-programas-sociais-para-reduzir-diesel>. Acesso em 02/06/2018.

1.4.4 Análise crítica dos desafios do SUS

É falacioso afirmar que a consolidação da saúde enquanto um direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou a previsão legal de instrumentos processuais para acessar as garantias constitucionais, possibilitam a juridicização do Estado social. A transformação do Estado operada pela transição do constitucionalismo clássico ao constitucionalismo social não se concretiza, de fato, apenas no estabelecimento de uma nova principiologia ou normatividade. Reside, inevitavelmente, nas decisões jurídico-políticas e suas alterações na estrutura interna do Estado, que impactam a sociedade em questão no sentido do bem-estar social ou no sentido da proteção ao indivíduo enquanto célula isolada.

Denominar o estado do constitucionalismo atual de “social” não muda o fato de que está acontecendo a implementação de uma série de políticas neoliberais no Brasil, o que ameaça diretamente a vida da população. O problema da aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais sempre envolverá decisões jurídicas, via sentença, ou decisões políticas, via estratégias administrativas ou econômicas do Executivo. Se essas decisões, seguindo a linha argumentativa de Bonavides, não forem baseadas nos princípios sociais da Constituição Federal de 1988, terão resultados contrários à juridicização do Estado social. A prescrição de direitos desprovida de um aparato institucional com condições materiais para sua garantia implica na produção de uma série de contradições no âmbito constitucional, o que fomenta a crise jurídico-política do país.

2 O ESTADO DE EXCEÇÃO E A VIDA ECONOMICAMENTE QUALIFICADA

2.1 A VIDA POLÍTICA ENQUANTO EXERCÍCIO DA LIBERDADE

De acordo com Hannah Arendt, o domínio da *polis* era considerado pelos gregos “a esfera da liberdade”¹¹⁷, de forma que aqueles que tinham o modo de vida voltado apenas para a própria preservação não eram indivíduos verdadeiramente livres e, portanto, nada tinham a ver com o *bios politikos*. Não podendo exercer a vida politicamente qualificada, dessa forma, eram apenas “zoé”. E sobre as vidas destes indivíduos, que viviam apenas na esfera privada por não terem existência política, podiam incidir a força e a violência daqueles cidadãos livres que os tinham sob seu poder.

Na esfera privada, a força e a violência eram justificadas “por serem os únicos meios de vencer a necessidade - governando escravos, por exemplo - e tornar-se livre”¹¹⁸. Aqueles que detinham condições materiais para exercer o papel de *pater familias* podiam justificadamente compelir por força os escravos e outros integrantes da unidade familiar porque “ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de governar e mover-se em uma esfera” – a política – “na qual não existam governar nem ser governado”¹¹⁹. Portanto, para se legitimar politicamente, o *dominus* podia, sem cometer crimes, considerar os que estivessem sob seu poder apenas enquanto animais ao seu serviço.

Já na contemporaneidade houve o declínio da instituição da família e ascensão da sociedade, com “a absorção da unidade familiar por grupos sociais correspondentes”¹²⁰. De tal forma, não é legalmente justificável agir licenciosamente no âmbito privado porque todos os cidadãos se encontram em relação de igualdade formal sob o controle do soberano. Assim surgiu o domínio do social, que difere muito menos do político porque os membros da sociedade consideram tudo o que fazem como modo de sustentar as próprias vidas e próprias famílias. Isso gera uma “dependência mútua em prol da vida, e de nada mais”, que é o motivo pelo qual na sociedade de massas “se

¹¹⁷ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 37.

¹¹⁸ Ibidem, p. 38.

¹¹⁹ Ibidem, p. 40.

¹²⁰ Ibidem, p. 50.

permite que as atividades relacionadas com a mera sobrevivência apareçam no público”¹²¹.

2.1.1 A relação de bando

Reunidos em prol da vida, e nada mais, como único interesse em comum, os indivíduos se encontram organizados em relação de bando, que é a relação jurídico-política originária. Reside nesse “nada mais” a demonstração de que a vida, inscrita no Estado e sobre a qual se busca proteção está, a partir desse momento, sujeita à violência soberana que submete a todos. Dessa forma, o fundamento para a violência soberana é a inscrição da vida no Estado. Por isso é possível dizer que os seres reunidos em bando estão, ao mesmo tempo, em relação de abandono.

E se, na modernidade, a vida se coloca sempre mais claramente no centro da política estatal (que se tornou, nos termos de Foucault, biopolítica), se, no nosso tempo, em um sentido particular mas realíssimo, todos os cidadãos apresentam-se virtualmente como *homines sacri*, isto somente é possível porque a relação de bando constituía desde a origem a estrutura própria do poder soberano¹²².

A cidade se funda sobre a vida nua enquanto objeto de sucessivas decisões do soberano, ou seja, sobre o estado de exceção. A união que mantém o bando, portanto, não é simplesmente a dos cidadãos entre si – até porque tem nas próprias vidas o único objetivo em comum – mas sim a união da vida nua com o poder soberano. Aí reside a ambiguidade da relação de abandono, porque a união no bando importa associar a própria vida nua ao poder que a abandona e a expõe à morte no âmbito do Estado.

O bando é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois polos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano. Somente por isto pode significar tanto a insígnia da soberania [...] quanto a expulsão da comunidade¹²³.

A relação de bando, daquilo que apenas está assegurado sob o fundamento da possibilidade de sua exclusão ou exposição à morte, pode ser identificada na contemporaneidade, como se verificará, através da análise das técnicas regulamentadoras e de controle empreendidas no âmbito das políticas institucionais.

¹²¹ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 47.

¹²² AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 117.

¹²³ Ibidem, p. 117.

2.1.2 A Estrutura do Poder Soberano

A estrutura do poder soberano, aparente na relação de bando, é a do “estado de exceção, como zona de indistinção entre externo e interno, exclusão e inclusão”¹²⁴, e se funda sobre a exclusão da vida nua¹²⁵. O soberano detém direito de vida e de morte, no entanto tal faculdade

só se exerce de uma forma desequilibrada, e sempre do lado da morte. O efeito do poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar. Em última análise o direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida¹²⁶.

E não se fala aqui em estado de exceção como algo deslocado geográfica e temporalmente, mas sim no sentido imediatamente biopolítico do termo, que é o de uma “estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão”¹²⁷. O estado de exceção não se trata de um fenômeno exterior e nem interior ao ordenamento jurídico e tampouco significa a abolição da norma. Instaura, através da suspensão da norma jurídica válida, uma zona de anomia que guarda relação (de exceção) com a ordem jurídica. Trata-se de “uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem”¹²⁸.

O soberano detém o poder legal de suspender a norma jurídica válida porque está ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento; nisso consiste o paradoxo da soberania, que provém da estrutura originária do poder soberano, a exceção. Desse modo, “somente porque a validade do direito positivo é suspensa no estado de exceção, ele pode definir o caso normal como âmbito da própria validade”¹²⁹. É porque a exceção, ou o abandono, existe que é possível estabelecer o que é juridicamente válido. Se a vida nua não estivesse à mercê do soberano, não estariam presentes as condições para estabilização do bando e nem para a convalidação norma.

¹²⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 98.

¹²⁵ Vida biológica deixada a morrer.

¹²⁶ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016., p. 202.

¹²⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 14.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 42.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 25.

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que a aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão¹³⁰.

Com origem na relação de bando, a relação jurídico-política primordial, a lei apenas vigora através da relação com aquilo que está incluso na forma de sua exclusão, com a exceção. Esse particular vigor da lei, portanto, decorre de ato ou decisão do soberano que atribua “força de lei” à norma suspensa. Assim, em razão da decisão soberana, a norma geral pode se referir a casos particulares, porque vigora como pura potência. Por conseguinte, para se remeter aos atos transgressores, a norma inscreve em si a exceção à sanção, que permite a transgressão da norma “matar alguém” por parte do soberano sem que, no estado de exceção, lhe imputem pena.

Tendo em vista que no estado de exceção os poderes do Estado se encontram em uma zona de indistinção, dá-se um estado de lei em que a norma posta por autoridade competente “está em vigor, mas não se aplica (não tem força)”¹³¹ - justamente pela possibilidade de sua suspensão – ao mesmo tempo em que atos ou decretos do poder Executivo, ou soberano, adquirem “força de lei”. Então ocorre

a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que [no estado de exceção], para aplicar uma norma é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção [à norma]¹³².

Visto que a constituição do âmbito da norma se opera através da exceção, depreende-se que a aplicação da lei depende do projeto político empreendido pelo poder soberano. Porque a decisão soberana definirá o modo como a “força de lei” flexionará a norma suspensa para aplicá-la de modo a atingir os efeitos desejados.

2.2 A ADOÇÃO DA BIOPOLÍTICA

A legitimação do estado de exceção sobre a exclusão da vida nua ocorre agora, através da tecnologia do biopoder “sobre o homem enquanto ser vivo, um poder

¹³⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 25.

¹³¹ *Ibidem*, p. 61.

¹³² *Ibidem*, p. 63.

continuo, científico, que é o poder de fazer viver”¹³³, o que marca aquilo que Foucault chama de limiar da modernidade biológica. Este é o momento de ruptura com a política em moldes aristotélicos, na qual o homem era “um animal vivo, e, além disso, capaz de existência política”¹³⁴, e atribuição ao homem do papel de simples animal, simples vida exposta à morte.

O estado de exceção, no qual a vida nua era, ao mesmo tempo, excluída e capturada pelo ordenamento, constituía, na verdade em seu apartamento, o fundamento oculto sobre o qual repousava o inteiro sistema político; quando as suas fronteiras se esfumam e se indeterminam, a vida nua que o habitava libera-se na cidade e torna-se simultaneamente o sujeito e o objeto do ordenamento político e de seus conflitos, o ponto comum tanto da organização do poder estatal quanto da emancipação dele¹³⁵.

Com a inclusão da vida biológica nos cálculos do poder soberano o que se governa não é mais exclusivamente território, mas sim a vida dos cidadãos expostos à morte, o que levanta duas possibilidades, como aponta Foucault: “proteger a vida e autorizar seu holocausto”¹³⁶. Mais do que isso, a biopolítica permite confrontar o cidadão com ambas as hipóteses, de modo a gerar obediência civil. A esse respeito, Agamben consigna que “o desenvolvimento do capitalismo não teria sido possível, nesta perspectiva, sem o controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os ‘corpos dóceis’ de que necessitava”¹³⁷.

Enquanto tecnologia explorada pelo biopoder, o controle disciplinar serve para manipular os cidadãos como corpos individuais que precisam ser “vigiados, treinados, [...] eventualmente punidos”¹³⁸, “tornados úteis e dóceis ao mesmo tempo”¹³⁹. As tecnologias regulamentadoras da vida, por outro lado, se ocupam de operar mecanismos globais a fim de assegurar efeitos gerais desejados – como, por exemplo, alterar taxas de natalidade, morbidade e longevidade – sobre “os processos biológicos do homem-espécie”¹⁴⁰.

¹³³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 207.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. (1985). **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Ed.Graal. p. 184, *apud* AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

¹³⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 17.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 11.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 11.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 205

¹³⁹ *Ibidem*, 209.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 207.

Aquém, portanto, do grande poder absoluto, dramático, sombrio que era o poder da soberania, e que consistia em poder fazer morrer, eis que aparece agora com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a “população” enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de “fazer viver”. A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consiste, ao contrário, em fazer viver e deixar morrer¹⁴¹.

Deixados à morte pelo poder que tem a faculdade de nos assegurar a vida, somos todos *homines sacri*¹⁴² no estado de exceção regulado pelo biopoder. Contudo, a diferença entre a inscrição da vida nua nos cálculos do Estado que ocorria na antiguidade e a que passou a ocorrer com a adoção da biopolítica é que agora toda vida capturada no bando soberano se encontra, ao mesmo tempo, abandonada à morte através das tecnologias de regulamentação da vida.

[...] aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da zoé na polis, em si antiquíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal venha a ser um objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal: decisivo é, sobretudo, o fato de que, lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originalmente a margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, bios e zoé, direito e fato entram em uma zona de irredutível indistinção¹⁴³.

Porque todos são *homines sacri* reunidos no bando, perante o soberano, é possível dizer que a exceção não se torna regra em razão de golpes de Estado, mas sim na medida em que o “viver bem”, ou simplesmente o “viver” é objeto discutido de tal forma no âmbito do capitalismo, que a simples existência dos cidadãos sob o Estado coloca a vida nua destes à mercê do “holocausto”. As estratégias biopolíticas de controle a favor do capitalismo logram êxito em submeter os cidadãos porque o que está sob ameaça das tecnologias de controle disciplinar, das tecnologias regulamentadoras e das normas, não é apenas o “viver bem”, é o “viver” enquanto corpo específico e integrante de uma população.

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 207.

¹⁴² O *homo sacer* é um instituto do direito romano que Agamben toma para explicar a vida dos cidadãos, que está capturada no bando soberano, porque o *homo sacer* era aquele que, tendo cometido grave delito, era sentenciado a poder ser morto por qualquer indivíduo sem que este cometesse homicídio. Mas não podia, por outro lado, ser sacrificado às divindades, o que na época se constituía em um ritual de purificação. Estava, portanto, fora da jurisdição humana, sem acesso ao direito, ao mesmo tempo em que não alcançava a esfera divina através da purificação. Sobre esta figura se funda a soberania moderna, que tem na exceção sua estrutura originária.

¹⁴³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 17.

Se, de fato, a produção de um corpo biopolítico for a contribuição original do poder soberano, é necessário considerar a implicação da vida nua na vida politicamente qualificada e interrogar não apenas as possíveis articulações do “viver bem” como fim máximo do político, mas sim investigar porque “a política ocidental se constitui através de uma exclusão (que é, na mesma medida, uma implicação) da vida nua¹⁴⁴”.

2.2.1 A politização da vida

Quando se considera, no âmbito do Estado, o homem como *zoé* através de uma exclusão-inclusão, reduz-se a humanidade a simples existência biológica. Nesse sentido, é importante reforçar que não é a mera consideração da vida nas previsões do Estado o grande problema da política moderna, porque o ser humano institui o Estado justamente visando alcançar melhores condições de vida – motivo pelo qual admite normatizações sobre esta. Mas sim o fato de que a natureza da exceção soberana é, justamente, aquilo que coloca em risco a vida. “Na *zoé*, que as declarações” de direitos do pós-guerra “politizaram...

devem ser novamente definidas as articulações e os limiares que permitirão isolar uma vida sacra. E quando, como tem já acontecido hoje, a vida natural for integralmente incluída na polis, estes limiares irão se deslocar, como veremos, além das sombrias fronteiras que separam a vida da morte, para ali identificarem um novo morto vivente. Um novo homem sacro¹⁴⁵”.

É possível dizer, sinteticamente, que o *homo sacer* é a exceção que se tornou regra em um estado no qual, mesmo intitulado democrático, a soberania consiste em decidir sobre a vida ou os aspectos de sua exclusão. De acordo com Karl Löwith, é justamente da politização a vida, de onde nasce a faculdade de decidir sobre os aspectos de sua exclusão, que demonstra a decadência da democracia moderna, fenômeno típico de estados totalitários.

Esta neutralização das diferenças politicamente relevantes e a deriva de sua decisão se desenvolveram a partir da emancipação do terceiro estado, da formação da democracia burguesa e da sua transformação em democracia industrial de massa, até o ponto decisivo em que ora se convertem no seu oposto: em uma total politização (*totale Politisierung*) de tudo, mesmo dos âmbitos vitais aparentemente neutros. Assim teve início na Rússia marxista um estado do trabalho que é mais intensivamente estatal do que jamais tenha ocorrido nos estados dos soberanos absolutos; na Itália fascista um estado corporativo que regula normativamente, além do trabalho nacional, até mesmo o *Dopolavoro* e toda a vida espiritual; e na Alemanha nacional-

¹⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p.14.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 138.

socialista um estado integralmente organizado, que politiza através das leis raciais inclusive a vida que tinha sido até então privada¹⁴⁶.

Conclui-se que o Estado moderno está vinculado à população através de uma estrutura de exceção, que implica que “o que é capturado é, ao mesmo tempo, excluído”. Assim, a vida humana “se politiza somente através do abandono a um poder incondicionado de morte”¹⁴⁷; poder este que pertence ao soberano que pode, legalmente, suspender a ordem jurídica em vigor porque “a exceção que define a estrutura da soberania”¹⁴⁸ é o que legitima a regra.

Aquilo que está fora vem aqui incluído não simplesmente através de uma interdição ou um internamento, mas suspendendo a validade do ordenamento, deixando, portanto, que ele se retire da exceção, a abandone.¹⁴⁹

No entanto, impera indagar como é possível para um poder político “expor à morte, não só seus inimigos, mas mesmo seus próprios cidadãos”¹⁵⁰ sem que, no entanto, cometa homicídio. Apesar do motivo pelo qual a sociedade se reúne e se submete ao soberano, como visto, ser fundamentalmente a proteção à vida, verifica-se que foi introduzido um corte nessa incumbência do Estado: “o corte entre o que deve viver e o que deve morrer”¹⁵¹.

2.2.2 Norma e técnicas regulamentadoras

Quando a norma inclui o cidadão em si através da própria suspensão, controla a um só tempo “a ordem disciplinar do corpo e os acontecimentos aleatórios de uma multiplicidade biológica”¹⁵². Impondo dominação não apenas sobre os corpos dos cidadãos, mas também sobre populações inteiras, verifica-se que age não apenas como poder disciplinar, mas também regulamentador. Essa dominação logra êxito com a exposição da vida dos cidadãos à morte, que se estende à exposição a violência estatal, a fome, a enfermidades e toda sorte de misérias que podem acometer a vida nua abandonada no estado de exceção.

¹⁴⁶ LÖWITH, Karl. Der okkasionelle Dezisionismus Von Carl Schmitt. In: *Samtliche Schriften*. Stuttgart, 1984. V. VIII. P. 33, *apud* AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

¹⁴⁷ LÖWITH, Karl. Der okkasionelle Dezisionismus Von Carl Schmitt. In: *Samtliche Schriften*. Stuttgart, 1984. V. VIII. P. 98, *apud* AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 26.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 26.

¹⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 214.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 214.

¹⁵² *Ibidem*, p. 212.

Tais mecanismos biopolíticos utilizados para controle da população se perpetuam em razão de produzirem, além do lucro econômico, utilidades políticas. A análise das implicações políticas produzidas pela dominação normativa permite “compreender como, efetivamente, esses mecanismos acabam por fazer parte do conjunto”¹⁵³. Dessa forma, o que se investiga é o fator que permitiu ao Estado exercer o poder regulamentador de “fazer viver e deixar morrer”.

A estratégia utilizada para induzir a sociedade a autorizar o próprio holocausto foi a de fragmenta-la em diversos grupos através do fomento ao discurso da “hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário como inferiores”¹⁵⁴. Isso permitiu isolar a população em subgrupos, e expô-la ao racismo institucional, que pode ser definido como

fracasso coletivo de uma organização para prover um serviço apropriado e profissional para as pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica. Ele pode ser visto ou detectado em processos, atitudes e comportamentos que totalizam em discriminação por preconceito involuntário, ignorância, negligência e estereotipação racista, que causa desvantagens a pessoas de minoria étnica¹⁵⁵.

Além disso, o racismo também desempenhou a função de segregar a sociedade de tal forma que a exposição da outra raça à morte não representa a aniquilação de um semelhante. Mais do que isso, representa algo benéfico na medida em que “a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura”¹⁵⁶. Dessa forma, o poder regulamentador subverte as políticas de garantias institucionais, que deixam de implicar a concretização de direitos fundamentais.

Essas garantias institucionais, entre as quais está o acesso à saúde pública consubstanciado no Brasil no Sistema Único de Saúde, só podem ser asseguradas em âmbito institucional de ordem constitucional. Para a efetivação de garantias institucionais, de acordo com Carl Schmitt, é necessário inicialmente que exista uma garantia de natureza constitucional. Além disso, “que a garantia tenha um objeto específico, a saber, uma “instituição” [...] e, finalmente, que se refira a algo atual,

¹⁵³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 29

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 214.

¹⁵⁵ Comissão for Racial Equality, 1999, apud CONCEIÇÃO, Renata Maria da. **A Questão Racial como Expressão da Questão Social**: um debate necessário para o serviço social, 1. Ed. Duque de Caxias: Creative Commons, 2014, p. 86.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 215.

presente e existente, dotado de forma e organização, a que se prende também uma situação constatável”¹⁵⁷.

A garantia da saúde como direito fundamental de segunda geração só é possível em âmbito institucional de ordem constitucional, quando o que se opera é a norma. No momento em que ocorre a suspensão desta, de outra sorte, o que é oferecido a título de garantia institucional não passa de racismo institucional direcionado a assegurar o resultado de políticas regulamentadoras.

No estado de exceção, cujo desenvolvimento depende da suspensão da norma, a efetivação das técnicas regulamentadoras e disciplinares depende da possibilidade de expor os cidadãos à morte. Portanto, o racismo permite que sejam eliminadas as vidas qualificáveis como “indignas de ser vividas”, posto que contrariam os propósitos políticos que perpetuam o aparato da dominação estatal. A respeito das vidas politicamente irrelevantes da sociedade atual, Agamben consigna que:

Se ao soberano, na medida em que decide sobre o estado de exceção, compete em qualquer tempo o poder de decidir qual vida possa ser morta sem que se cometa homicídio, na idade da biopolítica este poder tende a emancipar-se do estado de exceção, transformando-se em poder de decidir sobre o ponto em que a vida cessa de ser politicamente relevante.¹⁵⁸

Tal argumentação corrobora com a tese de que a faculdade do soberano, na biopolítica moderna, é a de “fazer viver e deixar morrer”, de decidir quais vidas são politicamente irrelevantes e expô-las a morte. Segundo Foucault, essa exposição à morte não se encerra no assassinio direto, “mas também tudo que pode ser assassinio indireto: o fato de expor a morte, de multiplicar para alguns o risco da morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição”¹⁵⁹ daquele que, através do racismo, foi delimitado como inimigo político.

2.2.3 Vida economicamente qualificada e vida indigna

De acordo com Agamben, a política moderna não conhece outro valor senão a vida. No entanto, ao fixar um valor, determina-se um desvalor. E o sentido da identificação de um desvalor, de acordo com Schmitt, é seu aniquilamento.¹⁶⁰ Porque ao

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 584.

¹⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 149

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 216

¹⁶⁰ SCHMITT, Carl. 1963, 85. *apud* AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 144

determinar quais vidas são politicamente relevantes, determina-se automaticamente quais são as “vidas sacras” da sociedade moderna, que podem ser impunemente eliminadas.

Toda sociedade fixa esse limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais sejam os seus “homens sacros”. É possível, aliás, que este limite, do qual depende a politização e a *exceptio* da vida natural na ordem jurídica estatal não tenha feito mais do que alargar-se na história do Ocidente e passe hoje – no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional – necessariamente ao interior de toda vida humana e de todo cidadão¹⁶¹.

Como já visto, todos são *homines sacri* expostos às técnicas regulamentadoras e as de controle disciplinar. Se tornarão objeto de uma ou de outra a partir do objetivo político do poder soberano, porque “na idade da biopolítica este poder tende a emancipar-se do estado de exceção, transformando-se em poder de decidir sobre o ponto em que a vida cessa de ser politicamente relevante”¹⁶².

De acordo com Agamben, o Reich nacional socialista demarca o ponto em que a integração entre a medicina e a política se perfectibiliza na forma das tecnologias biopolíticas empregadas até a atualidade. Tanto que durante o julgamento de Nuremberg, a testemunha Fritz Mennecke “declarou ter ouvido [...] os doutores Hevelmann, Bahnen e Brack comunicarem que o governo do Reich acabara de emitir uma medida que autorizava “a eliminação da vida indigna de ser vivida”¹⁶³.

À época, indigna de ser vivida era a vida dos doentes mentais incuráveis, judeus, ciganos, comunistas, homossexuais e quaisquer outras que o *Führer* determinasse, justamente porque a vida já tinha se tornado o local da decisão soberana. Isso demonstra que a vida delimitada como indigna pode variar cronológica e espacialmente em cada sociedade sob análise.

A vida indigna de ser vivida não é, com toda evidência, um conceito ético, que concerne às expectativas e legítimos desejos do indivíduo: é, sobretudo, um conceito político, no qual está em questão a **extrema metamorfose** [grifo meu] da vida matável e insacrificável do homo sacer, sobre a qual se baseia o poder soberano¹⁶⁴.

Não surpreende, portanto, que tenha se desenvolvido no nacional socialismo alemão o conceito de “patrimônio vivente”, proveniente da aproximação da economia com os corpos biológicos dos cidadãos. Isso foi descrito em publicação veiculada pelo

¹⁶¹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 146.

¹⁶² *Ibidem*, p. 149.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 147.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 148.

Institut Allemand, de Paris, destinada a divulgar o livro “*Etat et santé*” escrito por autores como Eugen Fischer, Ottmar Von Verschuer, Hans Reiter e Libero Conti sobre os méritos nacionais-socialistas no campo da saúde e eugénica:

Somente no início do nosso século [século XX] se chegou, na Alemanha, apoiando-se a princípio em teorias de cunho distintamente liberais, a levar em consideração o valor dos homens e a defini-lo - definição que, bem entendido, não podia então deixar de basear-se nas formas e princípios liberais que dominavam a economia... Assim, enquanto Helferich estimou em 310 bilhões de marcos a riqueza nacional alemã, Zahn fez observar que, em confronto com esta riqueza material, existe uma “riqueza vivente” avaliável em 1.061 bilhões de marcos. (Verschuer, 1942, p. 31).¹⁶⁵

Essa “riqueza vivente” de que trata Verschuer consubstancia-se nos corpos politicamente qualificados dos cidadãos, sobre os quais recairiam decisões biopolíticas de acordo com o valor economicamente aferível a eles com base nos critérios da eugénica. Através do discurso da hierarquia de raças, como denuncia Foucault, o nacional socialismo empreendeu um “racismo de Estado encarregado de proteger biologicamente a raça”¹⁶⁶ ariana.

Mas mais do que excluir fatores de degeneração biológica eliminando o que prejudicava “o desenvolvimento biológico da nação”, o nazismo pretendia impor, através da biopolítica, a morte àqueles corpos que, identificados pela eugénica, eram economicamente desinteressantes ao Reich. Nesse norte se encaixou o extermínio dos hebreus, na perspectiva em que “polícia e política, motivos eugénicos e motivos ideológicos, tutela da saúde e luta contra o inimigo tornam-se absolutamente indiscerníveis”¹⁶⁷.

O discurso racista, como verificou Agamben, permite concretizar a ideia de que aquilo que é biologicamente desinteressante, nos termos da eugénica, também é economicamente desinteressante e vice-versa. A identificação dos indivíduos que são alvos desse discurso demonstra a que parcela da população estão direcionadas as políticas regulamentadoras e disciplinares. Assim, é possível analisar a que objetivos específicos se prestam, como, por exemplo, o genocídio da população empobrecida, e frequentemente negra¹⁶⁸, usuária padrão do Sistema Único de Saúde no Brasil.

¹⁶⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 151

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 86

¹⁶⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 152

¹⁶⁸ Darcy Ribeiro explica, em seu livro “O povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil”, que a estrutura social do escravismo no Brasil, baseada na polaridade entre senhor de engenho e escravo,

2.2.4 Essência e materialização do campo

O nascimento do campo, como aparelho empregado para expor inimigos políticos à suspensão de direitos fundamentais, não encontra fundamento no direito ordinário, mas sim na lei marcial e no estado de exceção. Através da anomia instaurada pela suspensão da norma, o estado de exceção se torna regra e a base da decisão soberana é a normalidade – que indifere da exceção.

Tendo suas faculdades ampliadas, o soberano “produz a situação de fato como consequência da decisão sobre a exceção”¹⁶⁹ através de técnicas regulamentadoras e de controle, que se prestam a reformar o corpo biopolítico do Estado através da exposição da população à morte. Assim, se realiza uma “zona de indistinção entre interno e externo, exceção e regra, lícito e ilícito”¹⁷⁰, onde não é possível identificar uma ordem jurídica porque previsões legais nada significam quando o que impera é a exceção à norma.

O campo é um espaço essencialmente biopolítico, onde a materialização do estado de exceção importa na suspensão total de direitos e a vida se encontra a todo momento exposta à destruição. Demonstra a destituição de direitos que espreita a todos os cidadãos, que são convertidos em *homines sacri* no ponto em que a biopolítica se presta a realizar a exceção soberana através do racismo.

Para verificar como a essência do campo está implicada na política moderna, basta comparar os efeitos produzidos pelas decisões do *Führer* com as mazelas suportadas pelos indivíduos abandonados pela proteção do Estado moderno. “A separação do corpo hebreu é imediata produção do corpo alemão, assim como a aplicação da norma é a sua produção”¹⁷¹ na mesma medida em que o extermínio da população pobre e negra, no Brasil, presta-se à hegemonia da classe detentora do poder soberano.

Como visto, a aproximação do direito, ou da decisão soberana ao fato/ato com força de lei mantém a estrutura jurídico-política do campo – a exceção soberana – que realiza a exposição dos encarcerados à morte:

constituiu-se enquanto matriz que se adaptou a diferentes setores produtivos de modo a edificar as características da sociedade brasileira atual.

¹⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 177

¹⁷⁰ Ibidem, p. 177

¹⁷¹ Ibidem, p. 180

Conceitos como “bom costume” – observa Schmitt –, “iniciativa imperiosa”, “motivo importante”, “segurança e ordem pública”, “estado de perigo”, “caso de necessidade”, que não remetem a uma norma, mas a uma situação, penetrando invasivamente na norma, já tornaram obsoleta a ilusão de uma lei que possa regular a priori todos os casos e todas as situações, e que o juiz deveria simplesmente limitar-se a aplicar. Sob a ação destas cláusulas, que deslocam certeza e calculabilidade para fora da norma, todos os conceitos jurídicos se indeterminam¹⁷².

Verifica-se que a exceção aproxima o direito da moral burguesa – que fornece conceitos como “meritocracia”, “igualdade”, “bem comum” para fundamentar o abandono sofrido por populações empobrecidas – e submete questões primordialmente jurídicas à apreciação via fundamentação fática nos tribunais. Nesse sentido, retoma-se a estrutura do campo para demonstrar que a corrente integração entre moral, medicina e política, que implica “que a decisão soberana sobre a vida se desloque [...] para um terreno mais ambíguo, no qual o médico e o soberano parecem trocar seus papéis”¹⁷³, reproduz políticas típicas do totalitarismo.

Se isto é verdadeiro, se a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e na consequente criação de um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção, deveremos admitir, então, que nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que é criada uma tal estrutura, independentemente da natureza dos crimes que aí são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica¹⁷⁴.

Identifica-se o campo na materialização do estado de exceção quando os indivíduos, vivendo sob suposta ordem jurídica, tem todos os – e qualquer dos – aspectos biológicos de suas vidas expostos às decisões do soberano.

Em 2015, por exemplo, irrompeu no nordeste brasileiro a epidemia do zika vírus, que causa microcefalia em recém-nascidos, além de alterações no crescimento e desenvolvimento da criança. Segundo documento produzido pelo projeto “Mulheres, zika e direitos”, da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero¹⁷⁵, desde novembro de 2015 até abril de 2017 foram registrados no Brasil cerca de 13.490 casos de recém-nascidos com risco de portar o vírus. Entre esses, foi identificado o zika em 2.653. Contudo, 5.712 recém-nascidos foram “descartados”, e correspondem aos “casos

¹⁷² AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 179.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 150.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 181.

¹⁷⁵ ANIS, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. ZIKA EM ALAGOAS: a urgência dos direitos, 2017. Disponível em: <http://anis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Zika-em-Alagoas-a-urgencia-dos-direitos.pdf>. Acesso em 08/05/2018.

que passaram por avaliação médica e não correspondem aos sinais e sintomas da síndrome congênita do zika”¹⁷⁶.

Porém, os critérios para aferir a existência da doença mudaram com o curso da epidemia. No início, o perímetro das cabeças dos recém-natos considerado regular era de 33cm¹⁷⁷, tendo passado em 2016 a cerca de 30,54cm¹⁷⁸. É razoável que as formas de identificação da doença sejam atualizadas de acordo com o conhecimento científico disponível. Contudo, conforme denuncia o documento supracitado,

[...]casos descartados por critérios provisórios adotados durante os primeiros dois anos da epidemia podem ser atuais casos “desconhecidos” para a rede assistencial. Hoje se sabe que há casos de recém-nascidos sem o sinal da microcefalia e que podem ter sido afetados pela síndrome congênita do zika, vindo a apresentar os sintomas nos primeiros meses de vida¹⁷⁹.

A existência de famílias nordestinas fadadas a lidar sozinhas com os desdobramentos da síndrome congênita de zika, simplesmente pelo fato dos casos inicialmente descartados não terem sido devidamente documentados, demonstra a ocorrência de racismo institucional.

Ademais, o protocolo para determinar a existência da infecção por zika e a inclusão de crianças no fluxo de acolhimento difere em cada estado. Em Alagoas, conforme dados levantados pela Anis, o diagnóstico por tomografia computadorizada é o pré-requisito para inclusão do recém-nascido na política para os atingidos por zika. Contudo, no estado há apenas dois hospitais que possuem aparelho tomográfico¹⁸⁰, de modo que a espera pelo exame pode levar meses apesar dos nascidos com microcefalia terem prioridade no acesso. Dessa forma, recebem alta e aguardam em casa, desprovidos de qualquer auxílio, abandonados pelo soberano.

Como já mencionado, o soberano detém poder de vida e morte que, na biopolítica moderna, traduz-se em “fazer viver e deixar morrer”. No caso mencionado, o “fazer viver” se materializa na impossibilidade, até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5581, de aborto em casos de microcefalia. O abandono à morte, ou “deixar morrer”, verifica-se por exemplo na imposição do diagnóstico por tomografia computadorizada para acessar as políticas de acolhimento aos acometidos

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 16.

¹⁷⁷ ANIS, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. ZIKA EM ALAGOAS: a urgência dos direitos, 2017. Disponível em: <http://anis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Zika-em-Alagoas-a-urgencia-dos-direitos.pdf>. Acesso em 08/05/2018, p. 15.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 19.

com a síndrome congênita do zika; na ausência de reexame dos casos descartados, na ausência de divulgação da existência do Benefício de Prestação Continuada, em Alagoas¹⁸¹.

Conforme consta das entrevistas colhidas pelo projeto “Mulheres, zika e direitos”, 63%¹⁸² das famílias entrevistadas não recebia o BPC “e não porque houvesse renda familiar superior ao corte exigido para entrada no benefício ou mesmo porque não atravessassem carências materiais”¹⁸³, mas sim em razão da burocracia do serviço social, da dificuldade de levantamento de documentos para a perícia médica e da ausência de transporte público. Ainda que a norma exista, no estado de exceção o único modo de assegurar sua aplicação é através da decisão soberana que lhe empreste força de lei. A criação do BPC como instituto puramente formal não representa tutela institucional; representa apenas mais uma das técnicas políticas do estado de exceção.

Métodos de efetivação do poder soberano de vida e morte, como o abandono das famílias em que houve manifestações do zika vírus, demonstram faces do campo, matriz do sistema político em que vivemos desde o início da crise do Estado-nação. E se prestam à eliminação do povo – como classe inferior excluída da política. Uma definição única do termo “povo” não existe porque o povo carrega “a fratura biopolítica fundamental” entre *bíos* e *zoé*. E isto é tão verdadeiro que “nas línguas europeias modernas, ele [o termo povo] sempre indica também os pobres, os deserdados, os excluídos. Um mesmo termo denomina, assim, tanto o sujeito político constitutivo quanto a classe que, de fato, se não do direito, é excluída da política”¹⁸⁴.

A dupla significação do termo “povo” não importa, então, em uma insuficiência no vocabulário das línguas latinas. Significa que os indivíduos que compõe a sociedade podem ser considerados coletivamente enquanto integrantes do corpo político, ou Povo¹⁸⁵, ou individualmente em subconjuntos de “corpos carentes excluídos”; “lá, uma inclusão que se pretende sem resíduos, aqui, uma exclusão que se sabe sem esperança;

¹⁸¹ Benefício de Prestação Continuada (BPC) é um benefício instituído pelo Ministério de Desenvolvimento Social e consiste em um salário mínimo ao idoso ou à pessoa com deficiência cuja renda por pessoa na família seja inferior a 1/4 do salário mínimo vigente; BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO E À PESSOA COM DEFICIÊNCIA: BPC, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/beneficios-assistenciais/bpc>. Acesso em 08/05/2018.

¹⁸² ANIS, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. ZIKA EM ALAGOAS: a urgência dos direitos, 2017. Disponível em: <http://anis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Zika-em-Alagoas-a-urgencia-dos-direitos.pdf>, p. 42. Acesso em 09/05/2018.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 42.

¹⁸⁴ AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 183.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 184.

em um extremo, o estado total dos cidadãos integrados e soberanos, no outro, a escória – corte dos milagres ou campo – dos miseráveis, dos oprimidos, dos vencidos”¹⁸⁶.

Essa relação dupla, ambivalente, advém da relação jurídico-política original de bando, que fundamenta o poder soberano na exceção, cria o “Povo” e entrega o “povo” à morte, no que se percebe a fissura entre *bíos* e *zoé*. O preenchimento desta, segundo Agamben, é a tarefa que temos tentado empreender “eliminando radicalmente o povo dos excluídos”¹⁸⁷. O genocídio da população pobre, através do racismo, adquire um novo significado; a existência da classe excluída representa o fracasso do Povo. E mais, a resistência à dominação empreendida pelas técnicas regulamentadoras e de controle do Estado evidencia a recusa à integração ao “corpo político nacional”, obstáculo intolerável ao poder soberano.

Portanto, o Estado expõe, com aval do Povo, o povo à morte através de técnicas regulamentadoras cada vez mais sofisticadas. No entanto, “o projeto democrático-capitalista de eliminar as classes pobres, hoje em dia, através do desenvolvimento, não somente reproduz em seu próprio interior o povo dos excluídos, mas transforma em vida nua todas as populações do Terceiro Mundo”¹⁸⁸. E até que isso se corrija estaremos fadados a ser *homines sacri* passando, a cada momento histórico, por diferentes formas de “purificação” do povo.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 184.

¹⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 185.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 186.

3 O DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Durante essa pesquisa se procurou investigar o motivo do texto constitucional não se efetivar no que toca o direito à saúde, além das razões que permitem ao soberano operar normalmente enquanto viola direitos fundamentais. Constatou-se que a crise do Estado-nação, juntamente com a adoção da biopolítica, conferiu ao Poder Soberano a faculdade de fazer viver e deixar morrer, seja de forma direta, seja através de assassinio indireto. E mais, que o poder de proteger a vida ou autorizar seu holocausto integra o pressuposto original de qualquer sociedade jurídico-política. A exposição à morte, decorrente da ausência de algo que garanta a eficácia da norma, encontra-se desde a violência policial até a simples rejeição daquilo que é caracterizado como inimigo público pelo racismo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, inserida no contexto do constitucionalismo social, é marcada por instabilidade jurídica e política, ao contrário do constitucionalismo clássico. Os direitos sociais, previstos no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, não encontram garantia de eficácia na Ordem Social brasileira. Isso se deve ao fato de que o Direito Constitucional típico dos Estados sociais não tem por objetivo satisfazer as necessidades do poder hegemônico apesar de depender constantemente deste a fim de que os direitos previstos na Magna Carta sejam efetivados. Apesar de serem criação do Legislador Constituinte, dependem de garantia do Poder Executivo para se materializar. Não importa, portanto, quais sejam as intenções do Poder Constituinte, ou Poder Legislativo; a aplicação de direitos depende de beneplácito do soberano¹⁸⁹. O apelo ao Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão criado para guardar os preceitos contidos na Constituição Federal, é a forma que os constitucionalistas estudados encontram para vincular a Administração Pública à prestação da saúde pública. Por essa razão, impera investigar como o STF procura desempenhar a função de defender jurídica e politicamente o acesso às garantias fundamentais.

Primeiramente, a garantia de direitos sociais não encontra amparo na intenção do Legislador, mas sim nas decisões do Poder Executivo vinculadas ao interesse das classes hegemônicas, no tensionamento provocado por movimentos populares – sujeitos

¹⁸⁹ Se assim não o fosse, Hannah Arendt não teria constatado o absoluto abandono em que se encontravam os indivíduos destituídos de governo durante a Segunda Guerra Mundial.

a repressão e de difícil organização – e nos remédios oferecidos por decisões do Poder Judiciário, sujeitos às subjetividades de cada julgador. Apesar da Constituição da República Federativa de 1988 prescrever inúmeros direitos transindividuais, a ausência de um Poder apto a garantir a aplicação da Lei Magna torna possível que o acesso a esses direitos não ocorra, com a ineficácia da norma.

Disposições constitucionais, ou de legislação infraconstitucional, apenas vigoram por decisão ou ato do soberano que lhes atribua força e não em razão de sua mera existência. Por outro lado, atos ou decretos do Poder Executivo adquirem força de lei, a exemplo da Medida Provisória n. 839/2018. Enquanto um conjunto de normas a serviço do soberano, por outro lado, o direito à saúde pode ser utilizado pelo biopoder como técnica de controle regulamentar ou disciplinar. A biopolítica moderna ocupa, junto à precarização programada do Sistema Único de Saúde, a posição singular de gerar lucro para complexos médico-industriais ao mesmo tempo em que empreende o projeto de “purificação” do povo, com extermínio das classes marginalizadas. A assertiva de Agamben, de que no estado de exceção a tutela da saúde se confunde com a luta contra o inimigo público, e que justificativas eugenéticas penetram motivações ideológicas, confirma-se no Acórdão no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.472/PA, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, do Superior Tribunal Federal, selecionado para análise que segue.

Referida Ação foi ajuizada pela União em face do Estado do Pará e da Fundação Pública Estadual Hospital de Clínicas Gaspar Vianna – FPEHCGV - localizada no Município de Belém - porque em razão de mau planejamento e gestão ineficiente em respeito a Política Nacional de Medicamentos, houve a suspensão do fornecimento de remédios à pessoas portadoras de transtornos mentais, especialmente de esquizofrenia, que eram beneficiadas pelo programa de medicamentos especiais de uso contínuo de caráter excepcional. O Movimento de Luta Antimanicomial do Estado do Pará e familiares de usuários tiveram importante papel noticiando o fato à União, corroborando com a tese de Norberto Bobbio de que o acesso a direitos e garantias depende do poder – seja do empoderamento da população, seja do interesse das classes que dominam a Administração Pública.

A fim de compreender a gravidade da omissão inconstitucional praticada pelo poder público, é importante ressaltar que as pessoas que tem acesso ao Programa supracitado se encontram em tratamento há mais de 10 anos, e dependem do fornecimento contínuo dessas substâncias pelo Sistema Único de Saúde para segui-lo,

posto que são hipossuficientes. A União também noticiou despreparo no atendimento aos pacientes com transtornos mentais, caracterizando-o como “indignificante”. Apontou que há problemas na estrutura do Hospital que contrariam os princípios do Movimento Antimanicomial, como a improvisação da sala de observação (onde ocorre o tratamento ambulatorial). Aduziu que o Estado do Pará, por força do art. 17, VIII, da Lei 8.080/1990 deve figurar no polo passivo da demanda uma vez que tem competência suplementar para formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde.

A Controladoria Geral da União, por sua vez, apurou que durante o período em que o Movimento de Luta Antimanicomial do Estado do Pará constatou a suspensão no fornecimento de medicamentos para tratamento de transtornos mentais, o valor transferido pela União para o Estado do Pará e o Município de Belém, foi realizada e dividida em duas parcelas: R\$ 2.895.961,68 (dois milhões, oitocentos e noventa e cinco mil, novecentos e sessenta e um reais e sessenta e oito centavos) para “medicamentos excepcionais”, diretamente ao Estado do Pará e R\$ 8.183.053,02 ao Município de Belém para compra de “medicamentos básicos em saúde”. As interrupções de tratamentos ocorreram tanto pelo desabastecimento do estoque do primeiro tipo de medicamento, quanto do segundo. Além disso, a Controladoria constatou condições insalubres para atendimento a pacientes na FPEHCGV¹⁹⁰. Segue a ementa do Acórdão:

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – PORTADORES DE TRANSTORNOS MENTAIS – DESATENDIMENTO DOS COMANDOS CONSTITUCIONAIS QUE TRATAM DIRETAMENTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – DESCUMPRIMENTO DE ENCARGO POLÍTICO-JURÍDICO - COBRANÇA POR PARTE DA UNIÃO PARA QUE OS RÉUS CUMPRAM SUA PARCELA DE RESPONSABILIDADE NO ATENDIMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA AOS PACIENTES COM TRANSTORNOS MENTAIS – NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DE DIREITOS DE PESSOAS VULNERÁVEIS – REPASSE DA UNIÃO COMPROVADO - ACERVO PROBATÓRIO EXAMINADO EM PROFUNDIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM RATIFICAÇÃO DE LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS E MULTA EM PATAMAR RAZOÁVEL - AGRAVOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. I - O direito fundamental à saúde dos portadores de transtornos mentais encontra arrimo não somente nos arts. 5º, 6º, 196 e 197 da Carta da República, como também nos arts. 2º, § 1º, 6º, I, d, da Lei 8.080/1990, na Portaria 3.916/1998, do Ministério da Saúde, além dos artigos 2º, 3º e 12, da Lei 10.216/2001, que, conforme visto, redireciona o

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.472/PA. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 18/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13612312>. Acesso em 07/06/2018. P. 18.

modelo assistencial em saúde mental no Brasil. II – A linha de argumentação desenvolvida pelo Estado requerido quanto à insuficiência orçamentária é inconsistente, porquanto comprovado que os recursos existem e que foram repassados pela União, não se podendo opor escusas relacionadas com a deficiência de caixa. III – Comprovação nos autos de que não se assegurou o direito à saúde dos portadores de transtornos mentais no Estado do Pará, seja da perspectiva do fornecimento de medicamentos essenciais ao seu tratamento, seja no que diz respeito à estrutura física e organizacional necessárias à consecução dos objetivos previstos pelo legislador constitucional e também pelo ordinário ao editar a Lei 10.216/2001.[...]. V - A omissão dos réus em oferecer condições de saúde digna aos portadores de transtornos mentais exigiu a intervenção do Judiciário, tal como solicitado pela União para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, **não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades locais no tocante a esse tema, ainda mais quando demonstrados os repasses do executivo federal para a concessão desse mister. VI – Os usuários dos serviços de saúde, no caso, possuem direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação e, na hipótese, a União demonstrou que fez a sua parte, com o que se credenciou a cobrar dos requeridos a observância de suas obrigações. VII - Os argumentos lançados nos agravos não são inéditos e já foram devidamente sopesados. A própria dedução de pedido alternativo de simples dilação de prazo para o adimplemento das medidas impostas indica que o recurso apresentado não deve prosperar. Ademais, ficaram bem divisadas as esferas de responsabilidade da União e da parte ré no atendimento aos portadores de transtornos mentais. Análise exaustiva do acervo probatório, tanto da perspectiva da falta de medicamentos, quanto no que se refere à instalações físicas, passando, ainda, pela reiteração de comportamento omissivo por parte dos réus em oferecer condições de saúde digna aos portadores de transtornos mentais. [...] IX - Agravos regimentais a que se nega provimento¹⁹¹. [grifei]**

O Estado do Pará, agravante, argumentou que os problemas denunciados pela União se devem à insuficiência orçamentária. Contudo, há comprovação nos autos de que a União repassou ao Estado e ao Município de Belém os recursos destinados ao atendimento de pacientes com transtornos mentais e compra de medicamentos “excepcionais” e medicamentos “básicos”. Enfatizou, ademais, que tem cumprido a decisão liminar da Ministra Carmen Lúcia¹⁹² e fez menções elogiosas ao atendimento prestado aos pacientes com transtornos mentais no Hospital de Clínicas Gaspar Vianna. Especulou, além disso, que os problemas de fornecimento de medicamentos se devem a dificuldades burocráticas dos procedimentos licitatórios. Assim como o Hospital, requereu fosse a União condenada à solidariedade no cumprimento da obrigação e

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.472/PA. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 18/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13612312>. Acesso em 07/06/2018. P. 1-2.

¹⁹² Conforme relatório em Decisão Monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ACO%24%2ESCLA%2E%20+E+1472%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.%20com/yd5o58am>. Acesso em 10/06/2018.

juntou-se ao coro do Hospital para alegar que não compete ao judiciário substituir-se ao Executivo. Ao não fornecer os medicamentos essenciais ao tratamento de transtornos mentais, bem como a medicação suplementar, o Estado do Pará e a FPHCGV não agiram de acordo com o que preconiza o movimento antimanicomial¹⁹³.

A agravante Fundação Pública Hospital de Clínicas Gaspar Vianna, por sua vez, requereu fosse a União condenada a cumprir as obrigações¹⁹⁴ solidariamente, posto que seus deveres não se limitam aos repasses de recursos financeiros ao Estado. Argumentou que as situações que motivaram o ajuizamento da ação, em 2009, foram pontuais e cessaram de ocorrer nos anos seguintes¹⁹⁵. Conjecturou, ainda, que o Poder Judiciário não tem competência para substituir o Poder Executivo na realização de políticas públicas uma vez que isso envolve tarefas como planejamento orçamentário, que é uma competência exclusiva. Além disso, em escusa à interrupção no fornecimento dos medicamentos essenciais ao convívio social dos pacientes e estabilidade emocional de suas famílias, alegou que as dificuldades orçamentárias dos entes públicos obrigaram os administradores públicos a estabelecer prioridades na execução das políticas públicas¹⁹⁶; claramente o cumprimento da Constituição e da Legislação Infraconstitucional não encontram lugar na agenda do Poder Executivo quando questões orçamentárias – ocasionadas pela ausência de um Plano de gestão – urgem.

A União, a seu turno, alegou em sede de Contrarrazões que, sendo a gestora do SUS, tem missão de exigir dos demais entes a implementação das políticas de saúde, principalmente quando ocorrem repasses específicos para o cumprimento de uma ação determinada. Afirmou que as alegações de que ocorreram significativas melhorias em resposta aos pedidos da inicial (ACO n. 1.472/PA), consiste em uma inverdade. No decorrer da presente ação, inclusive, houve situações de desabastecimento de estoque dos medicamentos para tratamento psiquiátrico (contrariando a decisão liminar da Ministra Carmen Lucia). Atestou, ainda, que não há como acolher o argumento de insuficiência financeira uma vez que foi comprovado o repasse de recursos pela própria

¹⁹³ O movimento antimanicomial defende que a fim de reintegrar os sujeitos na sociedade, trabalho e família, os tratamentos de transtornos mentais deve ser preferencialmente ambulatorial e oferecer condições dignas aos pacientes.

¹⁹⁴ O Estado do Pará e a FPEHCGV foram condenadas ao imediato fornecimento de psicofarmacos e antipsicóticos para os pacientes com transtornos mentais.

¹⁹⁵ A Ação foi ajuizada principalmente em razão da falta de fornecimento dos medicamentos Olanzapina, Quetiapina, Ziprasidona, Donepezil, Zyprexa, Leponex, Zopozenil, Fernegan, Cinetol e Levosine.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.472/PA. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 18/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13612312>. Acesso em 07/06/2018. P. 5-6.

União diretamente do Fundo Nacional de Saúde – FNS nas contas correntes do Fundo Municipal e Estadual. Apontou, sagazmente, que a situação em apreço não se trata do Judiciário subrogando-se nas atribuições do Executivo, porque apenas determina que o Executivo cumpra uma política pública que já fora por ele estabelecida no advento da Constituição de 1988.

Durante o Voto do Acórdão em análise, o Ministro Ricardo Lewandowski relatou que por determinação do juízo *a quo*, a União apresentou demonstrativo da quantia repassada ao Estado do Pará e ao Município de Belém para compra de medicação para tratamento de transtornos mentais. Os resultados apresentados pela União convergiram com os verificados pela Controladoria-Geral da União, que além de atestar a acuidade das informações prestadas, asseverou que:

Os trabalhos realizados nas dependências da Fundação Pública Estadual Hospital das Clínicas Gaspar Viana e dos Centros de Atenção Psicossocial da Cidade de Belém-PA, permitiram constatar a ocorrência de interrupções de tratamento para Patologias de Saúde Mental por desabastecimento dos Estoques de Medicamentos Excepcionais de Saúde Mental e desabastecimento dos Estoques de Medicamentos Básicos de Saúde Mental (itens 2.1.1.2 e 2.2.1.12)¹⁹⁷.

Lewandowski enunciou que a efetivação da política pública de atendimento aos portadores de transtornos mentais está diretamente vinculada ao cumprimento dos artigos 196 e 197 da Constituição Federal, e apontou que a fim de assegurar a tutela do Estado a essas pessoas, que estão em posição de vulnerabilidade, é que se editou a Lei n. 10.216/2001, que trata “dos direitos e da proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes a esta matéria”¹⁹⁸. Referida lei determina em seu art. 2º que a pessoa portadora de transtorno mental tem direito ao melhor tratamento do sistema de saúde, e que seja tratada com humanidade e respeito durante esse curso, em um ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis, visando beneficiar sua recuperação pela inserção na família, trabalho e comunidade¹⁹⁹.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.472/PA. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 18/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13612312>. Acesso em 07/06/2018. p. 18

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 22

¹⁹⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm. Acesso em 10/06/2018.

Essas não foram as condições encontradas pelo Movimento de Luta Antimanicomial do Estado do Pará, e nem pela Controladoria-Geral da União, a despeito do repasse de verbas destinadas à concretização do direito previsto em tal artigo. A decisão do poder soberano, representado no caso pelo Estado do Pará e pelo Município de Belém, implicado na gestão da FPEHCGV, aparentemente foi a de descumprir a Lei e a Constituição e alocar as verbas recebidas para compra de remédios em qualquer outro setor não especificado. No que diz respeito à estrutura física encontrada no Hospital de Clínicas Gaspar Vianna, o relatório de auditoria recomendou à Secretaria de Estado da Saúde do Pará

estabelecer controle sobre as deficiências físicas da Clínica Psiquiátrica da FPEHGV, onde há enfermarias, sem banheiros anexos, banheiros coletivos, com piso escorregadio, com chuveiros de água fria. O banheiro coletivo masculino sem portas, sem privacidade. Todos os leitos, sem lençóis. Na rouparia, sem acervo de lençóis e toalhas para as trocas²⁰⁰.

A hipótese examinada no Acórdão, ressalta Lewandowski, não acarreta implementação direta de políticas públicas “amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna”²⁰¹, pelo Poder Judiciário; trata-se, antes, de cobrança por parte da União a fim de que os Réus, ora Agravantes, cumpram a política nacional de assistência aos pacientes com transtornos mentais. Logo, não há que se falar em intromissão do Poder Judiciário na competência do Poder Executivo, mas sim na consecução de uma tarefa elementar à esse poder, “a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias e regulamentares”²⁰².

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, mas sem dúvida lhe compete determinar a observância de planos nacionais para o atendimento dos mais fragilizados, no caso dos autos, os portadores de transtornos mentais. Prova disso se faz pela constatação de que, quanto ao disposto nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal, a jurisprudência deste Supremo está cristalizada²⁰³.

Para finalizar o Voto, o Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que a obrigação dos entes federados em promover ações necessárias à materialização do direito à saúde é solidária. Assim, os cidadãos possuem a prerrogativa de exigir de todos esses entes o cumprimento da garantia aos direitos sociais; portanto, poderão ser

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.472/PA. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 18/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13612312>. Acesso em 08/06/2018. P. 24

²⁰¹ *Ibidem*, P. 32

²⁰² *Ibidem*, p. 32

²⁰³ *Ibidem*, p. 33

condenados pelo Judiciário a responder solidariamente. Então tornou definitivos os efeitos da decisão liminar proferida²⁰⁴ a fim de determinar que o Estado do Pará e a FPEHCGV, no prazo de 90 dias sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00, constituíssem um Programa ou Plano Estadual de Saúde Mental, elaborassem anualmente o Programa de Reestruturação da Assistência Hospitalar Psiquiátrica, estabelecessem um Plano Estratégico para Expansão dos Centros de Atenção Psicossocial para Infância e Adolescência, fornecessem imediatamente “todos os remédios para tratamento da saúde mental, conforme parâmetros do Ministério da Saúde e/ou da Secretaria de Saúde do Estado SESP, especialmente os referentes a esquizofrenia, psicofármacos e antipsicóticos”,²⁰⁵ e por fim

provisionem as unidades com medicamentos em quantidades compatíveis com as necessidades e em conformidade com estudos preliminares, produzidos pela Coordenação de Assistência Farmacêutica, conjuntamente com a Coordenação de Saúde Mental e de acordo com planejamento de aquisição de medicamentos em prol do Programa de Aquisição de Medicamentos para a Saúde Mental e Acompanhamento de Saúde Mental/CAPS ; g) que a reserva técnica de medicamentos para Programa de Aquisição de Medicamentos para a Saúde Mental e Acompanhamento de Saúde Mental/CAPS, leve em consideração o crescimento da demanda, suas variações e estudos complementares e esteja devidamente prevista no planejamento referido no item h acima, bem como que seja monitorada mensalmente pela Coordenação de Assistência Farmacêutica, conjuntamente com a Coordenação de Saúde Mental, através de relatórios dos setores competentes²⁰⁶.

Apesar da intenção do voto e decisão do Ministro Ricardo Lewandowski ter o sentido de assegurar saúde física e mental aos pacientes com transtornos mentais e suas famílias, impera ressaltar que o cumprimento da decisão não ocorrerá necessariamente. No mesmo processo, por exemplo, decisão de relatoria da ministra Carmen Lúcia deixou de ser cumprida diversas vezes – tratava-se de prestação continuada – como denunciou a União. Mesmo com decisão favorável ao cumprimento de direitos transindividuais, o Poder Executivo por vezes deixa de garanti-los; encontramos sujeitos ao abandono das instituições garantidoras do Poder Soberano a todo tempo

204

Disponível

em

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ACO%24%2ESCLA%2E%20+E+1472%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.%20com/yd5o58am>. Acesso em 10/06/2018.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.472/PA. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 18/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13612312>. Acesso em 08/06/2018.

P. 38

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 38

visto que a declaração de um direito em sentença não importa, diretamente, sua concreção.

Não é sem motivo que o histórico da consolidação da saúde pública, mesmo anteriormente à criação do Sistema Único de Saúde, trata-se de um processo de resistência ao poder hegemônico. Já abordamos anteriormente, mas convém ressaltar que a inclusão da vida biológica dos cidadãos nos cálculos do poder soberano a torna objeto do governo, lugar antes ocupado pelo território. E no governo dos corpos, das vidas, é lícito ao soberano empregar técnicas de controle regulamentar e disciplinar, lidando inclusive com a possibilidade de morte dos cidadãos. Tais técnicas são absolutamente efetivas no controle da população porque nesse paradigma de governo a ameaça enfrentada não é sobre a qualidade de vida, ou sobre o “viver bem”, mas sobre sua condição prima de ser vivente. Antes da criação do SUS, movimentos sociais já lutavam pelo direito dos cidadãos a acessar a saúde pública de forma igualitária e universal; reunidos em bando no estado de exceção, contudo, já eram *homo sacer*, condição que a criação do Sistema Único de Saúde, ou de qualquer outro programa governamental, jamais poderia alterar.

Para ilustrar as justificativas utilizadas pelo poder público para, lícitamente, destituir os cidadãos dos direitos assegurados na Constituição Federal, examinaremos a argumentação desenvolvida pelo Ministro Celso de Mello para rebater às alegações da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 745.745/MG. Tal recurso se origina de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais visando a implementação de políticas públicas, a saber, a Rede de Assistência à Saúde da Criança e do Adolescente pelo Município de Belo Horizonte. Este interpôs recurso contra acórdão harmônico com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, que negou seguimento ao Recurso Extraordinário posto que reconhece ser o direito a saúde uma prerrogativa constitucional indisponível que deve ser garantida através da implementação de políticas públicas. Da irresignação do Município com a Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello²⁰⁷, resultou o ARE n. 745.745/MG, cujo Acórdão foi ementado da seguinte forma:

²⁰⁷ Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+745745%2ENUMER%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l6j4bb6>

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – **MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL** (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA **RESERVA DO POSSÍVEL**: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – **O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO** – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS : IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO : ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO²⁰⁸. [grifei]

O Ministro Celso de Mello aponta, no início do voto, que a discussão a respeito da essencialidade do direito à saúde não se alongará porque o legislador constituinte já o qualificou como uma prestação de relevância pública, e que sua frustração se trata de comportamento governamental intolerável. Nesse norte, esclarece que a questão central do Acórdão é a determinação da possibilidade do Judiciário imputar conduta ao Município sem ofender a separação dos três Poderes. Salientou que o Supremo Tribunal

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. com Agravo n. 745.745/MG. Relator: MELLO, Celso. Publicado no DJ de 19/12/2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em 07/06/2018.

Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional que lhe foi outorgada, “não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais”²⁰⁹. Asseverou, no entanto, que a função de criar e aplicar políticas públicas compete fundamentalmente aos Poderes Legislativo e Executivo; que apenas excepcionalmente o Poder Judiciário está legitimado a intervir nessa seara quando for devidamente provocado em razão de omissão inconstitucional.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima **(sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes)**, sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde²¹⁰.
[grifei]

O Ministro também argumentou que no tocante à concretização de políticas públicas assiste discricionariedade limitada aos órgãos governamentais, que não são passíveis de responsabilização no caso de descumprimento desses preceitos constitucionais. O Administrador Público, portanto, está vinculado pela Constituição a agir de modo a garantir a justiça social e o bem-estar da população. Acrescenta que eventuais dúvidas sobre a margem de discricionariedade permitida ao Administrador estão, sim, sujeitas à apreciação do Poder Judiciário. Que em controvérsias que envolvam direitos fundamentais a cláusula de “reserva do possível” será aplicada de forma mitigada nos Tribunais, apesar da garantia de direitos sociais depender em grande medida, de um “inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”²¹¹.

É ilícito ao poder público criar obstáculo artificial à prestação de direitos sociais através da manipulação de sua atividade financeira ou administrativa, no intuito de fraudar políticas em favor da coletividade ou de indivíduos. Caso alegada a “reserva do possível”, portanto, é ônus da Administração Pública comprovar sua incapacidade econômico-financeira, sem a qual não se eximirá do imediato cumprimento dos comandos da Constituição. Na situação em análise, o Município não logrou êxito em comprovar impossibilidade financeira de manter a Rede de Assistência à Saúde da

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 5

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. com Agravo n. 745.745/MG. Relator: MELLO, Celso. Publicado no DJ de 19/12/2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em 07/06/2018, p. 8.

²¹¹ *Ibidem*, p. 10.

Criança e do Adolescente. E, como bem aduziu o Ministro Celso de Mello, simples alegação de mera falta de conveniência ou oportunidade não cabe à infração de direitos fundamentais. Aceitar tal linha de defesa seria contrariar o princípio da vedação do retrocesso social, que determina ser inaceitável que, uma vez conquistados os direitos sociais, o nível de concretização de suas prerrogativas decresça. Então, face a imprescindibilidade do direito à saúde, negou provimento ao recurso do Município de Belo Horizonte.

A fim de assentar que posicionamento tem tomado o Supremo Tribunal Federal em controvérsias que envolvem o acesso à saúde, destacamos também o Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.049.831/PE, de relatoria do Ministro Edson Fachin, interposto pelo Estado de Pernambuco. Trata-se de ARE interposto em face de decisão em que o Ministro Fachin negou provimento a Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do TRF 5, mantendo a condenação de obrigar o ente à fornecer latas de fórmula alimentar à criança com alergia à proteína do leite.

Em sede de Recurso Extraordinário, o Estado de Pernambuco sustentou que impor o fornecimento de fórmula alimentar não disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde ofende aos princípios da isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade. Também alegou ofensa ao disposto no art 37, XXI da CF, posto que a compra do produto não se daria através de licitação²¹². O TRF-5 não admitiu o Recurso Extraordinário porque constatou, por óbvio, que a decisão visava discutir matéria fática, contrariando a Súmula 282, do STF²¹³. Irresignado, interpôs o ARE n. 1.049.831/PE, que foi julgado por Acórdão, o qual teve por relator o Ministro Edson Fachin. Segue ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO

²¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

²¹³ Súmula 282: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF.

1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.

2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes.

3. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou a Turma Recursal de origem, quanto à necessidade de fornecimento do alimento especial pleiteado, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF²¹⁴.

Com o fim de introduzir o voto, o Ministro apresentou relatório no qual fez constar que em primeira instância foi produzido laudo pericial sob determinação do juízo a fim de investigar o quadro clínico em questão, assim como a necessidade da parte autora de receber a formula alimentar específica. O resultado da perícia demonstrou que a fórmula é imprescindível no caso, e que o SUS não oferece tratamento alternativo viável; especificou duas marcas que produzem a fórmula pleiteada. O perito, inclusive ressaltou que caso não fosse deferida a fórmula alimentar, provavelmente a parte autora teria seu desenvolvimento físico e cognitivo abalados. Restavam, portanto, presentes todos os requisitos necessários ao deferimento do pleito.

No mesmo sentido dos votos de Ricardo Lewandowski e Celso de Mello aqui analisados, Fachin ressaltou que o tratamento médico e o fornecimento de medicamentos se inserem nos deveres do Estado, tendo responsabilidade solidária os entes federados, que podem figurar no polo passivo e conjunto ou separadamente. Aduziu também que é lícito ao Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamento que não conste na lista do Sistema Único de Saúde se comprovado que não há outro tratamento disponível que seja eficaz.

Em geral, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso²¹⁵.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. com Agravo n. 1.049.831/PE. Relator: FACHIN, Edson. Publicado no DJ de 08/11/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14004206>. Acesso em 07/06/2018.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 10

Finalizou o voto consignando, assim como Lewandowski, que a determinação do Judiciário de cumprimento de políticas públicas previstas na Carta Constitucional por qualquer dos entes federados não importa em violação ao princípio da separação dos poderes, de modo que não merece prosperar o Agravo Regimental interposto pelo Estado de Pernambuco. Votou, portanto, no sentido de não dar provimento ao recurso e, além disso, de aplicar multa de 5% do valor da causa, visto que o Agravo foi tido como manifestamente inadmissível com base no artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil²¹⁶.

3.2 ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na jurisprudência analisada, da qual foram coletados os três acórdãos referidos acima, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal cumpre importante papel político na guarda da Constituição Federal. Entretanto, não havendo meios de obrigar o Poder Executivo a cumprir as decisões proferidas, o direito à saúde continua frágil face à ordem social brasileira. O Sistema Único de Saúde, instituição criada para garantir o acesso universal à saúde pública, é cada vez mais destroçado pelo governo federal, assistido pelos Estados e, por vezes, Municípios. A precarização do SUS, por sua vez, trata-se de uma técnica de controle disciplinar, que se utiliza de racismo institucional para expor os cidadãos à morte. Não se trata de casualidade, de problemas espontâneos com a gestão ou com o financiamento. O oferecimento de saúde pública de qualidade não é, em um país governado por elites voltadas ao neoliberalismo, uma opção viável; não foi desde o começo, tendo sofrido golpes continuados como exposto nessa pesquisa.

A dilapidação do Sistema Único de Saúde é um projeto de preenchimento da fissura biopolítica fundamental através da aniquilação do povo dos excluídos pelo Povo. A criação do SUS foi um processo de luta popular, mas se concretizou com a Constituição de 1988, em pleno governo Sarney, que foi sucedido por Fernando Collor. Tais governos foram permeados pela moral burguesa e por políticas neoliberais, de

²¹⁶ Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal [...].

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

sorte que eram absolutamente incompatíveis com o sistema universalizante de acesso à saúde proposto por movimentos sociais desde antes do Golpe Militar. Diante deste cenário podemos esperar, ao contrário do que preza Celso de Mello no Acórdão examinado, por significativos retrocessos sociais no Brasil; não há como avançar nessa seara através das estruturas políticas postas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito deste trabalho foi averiguar de que forma o Poder Soberano se utiliza da precarização do Sistema Único de Saúde para controlar o corpo da população cometendo, sem ser punido, assassinio direto e indireto. A fim de investigar esse fenômeno, inicialmente foram analisados os pressupostos ideológicos contidos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – que marcou o rompimento com o absolutismo monárquico – e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma vez que influenciaram o constitucionalismo clássico da Europa. A descontinuação do modelo das Constituições liberais, por sua vez, foi estudada uma vez que tem como marco a Constituição de Weimar, a qual exerceu sensível influência no constitucionalismo dos Estados sociais e, dessa forma, nas Constituições brasileiras de 1934, 1946 e especialmente na de 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 criou, após longo processo de luta do movimento sanitarista, o Sistema Único de Saúde, que visa garantir o acesso à Saúde Pública de modo universal e igualitário para a população. Em razão dos percalços que o SUS enfrenta desde 1988 foi preciso analisar sob que condições se deu sua criação a fim de determinar qual corrente ideológica legitima sua míngua. Constatamos que a garantia à Saúde sempre encontrou resistência das elites hegemônicas no país. As estruturas, já escassas e deficientes, que existiam antes do Golpe Militar de 1964 foram solapadas – no que merecem destaque a desapropriação dos IAPs e o desvio de verbas destinadas à saúde pública para o financiamento da construção de hospitais privados, e de obras do projeto “Brasil-Potência”.

Tancredo Neves, eleito pela via indireta para assumir a presidência do Brasil no processo de redemocratização do país, tinha em seu Plano de Governo o projeto de uma nova Constituinte – que, perante o falecimento de Neves, precisou ser convocada pelo vice, José Sarney. Sob o governo de Sarney foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, com a criação do SUS e a declaração de uma série de direitos sociais – sem, contudo, estabelecer formas de concreção desses direitos. Com a constatação de que as normas da Constituição, por si só, não regulamentavam a atuação do Sistema Único de Saúde de modo satisfatório, foi elaborada a Lei Orgânica da Saúde n. 8.080/1990. Entretanto, tal legislação não cumpriu o objetivo de possibilitar a aplicação das disposições constitucionais uma vez que foi concebida no governo de Fernando Collor, neoliberal rupturista que apresentou veto substancial à Lei. Adicione-

se, ainda, que o governo Collor foi marcado por uma reforma econômica que causou recessão no país e aumentou a demanda por políticas sociais. Contudo, como verificado, à mesma época efetuou substanciais cortes nos recursos destinados ao financiamento de programas sociais.

As forças hegemônicas vinculadas ao Poder Soberano trataram de inviabilizar as legislações favoráveis à Saúde Pública de tal forma que desaplicá-las não é raro ou ilícito no Brasil. A desaplicação das previsões constitucionais de garantia ao Direito à Saúde se perfectibiliza pelo desmonte do SUS – que ocorre com o corte de recursos pelo Governo Federal, problemas na gestão do Ministério da Saúde, e na má administração de verbas e pessoal por parte dos entes federados. Tais fatores servem de justificativa para o Poder Executivo se eximir de prestar a devida assistência à saúde e pleitear a exoneração desse dever constitucional nos Tribunais. Estes, a seu turno, detêm a prerrogativa de declarar direitos e condenar entes ao adimplemento de obrigações; porém, não foram dotados de meios para compelir o Executivo. Ao final, a prestação de garantias constitucionais se resume à decisão do Poder Executivo em cumprir as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Após o Golpe de 2016 a desaplicação das normas que garantem o Direito à Saúde tomou novas proporções no Brasil. Michel Temer, com notado intuito de reduzir as prestações estatais e ceder o protagonismo do acesso a saúde para o capital privado, desferiu severas ofensas contra o Sistema Único de Saúde – a Emenda Constitucional n. 95/2016 e Medida Provisória n. 839/2018 foram os exemplos utilizados.

Constatamos que não é possível juridicizar o Estado social quando impera a ideologia neoliberal, respaldada por elites financeiras que detém o controle do Poder Executivo. E que o acesso às ferramentas do biopoder, que autorizam o assassinio direto e indireto da população, é imprescindível no Estado de Exceção moderno para a aniquilação do “povo” pelo “Povo”, como preconiza Agamben. A precarização do Sistema Único de Saúde, portanto, é um projeto formado por várias técnicas regulamentadoras a serviço do Soberano, que o permitem controlar a população por meio da exposição à morte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010

ANIS, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **ZIKA EM ALAGOAS: a urgência dos direitos**, 2017. Disponível em: <http://anis.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Zika-em-Alagoas-a-urgencia-dos-direitos.pdf>. Acesso em 08/05/2018. Acesso em abril de 2018.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 8a ed. São Paulo, Elsevier Ekditora, 2004

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013

BRASIL Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em maio de 2018.

BRASIL, **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em junho de 2018

BRASIL, Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001. **Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm. Acesso em junho de 2018

BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em maio de 2018.

BRASIL, Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm. Acesso em maio de 2018.

BRASIL, Medida Provisória nº 839/2018. **Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios de Minas e Energia e da Defesa, no valor de R\$ 9.580.000.000,00, para os fins que especifica**. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=30/05/2018&jornal=600&pagina=4&totalArquivos=96>. Acesso em junho de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 282**. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=282.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em junho de 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.472/PA. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 18/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13612312>. Acesso em junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. com Agravo n. 745.745/MG. Relator: MELLO, Celso. Publicado no DJ de 19/12/2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923> Acesso em junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. com Agravo n. 1.049.831/PE. Relator: FACHIN, Edson. Publicado no DJ de 08/11/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14004206>. Acesso em junho de 2018

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estudos Avançado**, a. 27, n. 78, p. 6-26. 2013, p. 18. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002. Acesso em junho de 2018

CASSESE, Antonio, *I diritti umani nel mono contemporaneo*, Bári, Laterza, 1988, p. 143 *apud* BOBBIO, Norberto **A Era dos Direitos**, 8a ed. São Paulo, Elsevier Editora, 2004

Comission for Racial Equality, 1999, *apud* CONCEIÇÃO, Renata Maria da. **A Questão Racial como Expressão da Questão Social**: um debate necessário para o serviço social, 1. Ed. Duque de Caxias: Creative Commons, 2014

COSTA, Ana Maria. A Saúde em tempos de golpe. **Saúde Debate**; Rio de Janeiro, v. 41, n. 112, p. 5-12, 2017. P. 7. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v41n112/0103-1104-sdeb-41-112-0005.pdf>. Acessado em 01/06/2018. Acesso em maio de 2018.

CUTOLO, Luiz R. A; ROS Marco A. da; VERDI, Marta I. M, Saúde e sociedade. 2. ed. Florianópolis. UFSC, 2012

FOUCAULT, Michel. (1985). **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Ed.Graal. p. 184, *apud* AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, 1ª ed. São Paulo, Martin Claret, 2009

LÖWTH, Karl. Der okkasionelle Dezisionismus Von Carl Schmitt. In: Samtliche Schriften. Stuttgart, 1984. V. VIII. P. 98, *apud* AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

MARTINS, Marcos. O SUS não pode ser saqueado pelos planos de saúde. **Carta Capital**. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/saude/o-sus-nao-pode-ser-saqueado-pelos-planos-de-saude>. Acesso em junho de 2018.

MARTINS, Miguel. Temer reduz programas sociais para compensar queda do diesel. **Carta Capital**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/governo-temer-corta-programas-sociais-para-reduzir-diesel>. Acesso em junho de 2018.

MOISES, Cláudia Perrone. Um pensamento atual. **Revista Cult**, São Paulo, a. 18, n. 208, p. 10-15, dez. 2015

SCHMITT, Carl. 1963, 85. *apud* AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros

SOARES, Laura Tavares Ribeiro: Ajuste Neoliberal e Desajuste Social na América Latina, 1. ed. Rio de Janeiro; UFRJ, 1999

SOUZA, Renilson Rehem de. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro**. Seminário Internacional Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas. São Paulo, 2002. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf. Acesso em maio 2018.